



HAL
open science

L'identité de la personne humaine au croisement du droit et de la psychanalyse

Nathalie de Bremaeker

► **To cite this version:**

Nathalie de Bremaeker. L'identité de la personne humaine au croisement du droit et de la psychanalyse. Droit. Université de Perpignan, 2021. Français. NNT : 2021PERP0030 . tel-03526669

HAL Id: tel-03526669

<https://theses.hal.science/tel-03526669>

Submitted on 14 Jan 2022

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

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



THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur

Délivré par
UNIVERSITÉ DE PERPIGNAN *VIA DOMITIA*

Préparée au sein de l'école doctorale Intermed ED-544
et de l'unité de recherche Centre du Droit économique et du
Développement (CDED – Yves Serra - EA 4216)

Spécialité : **Droit privé**

Présentée par **Nathalie DE BREMAEKER**

L'IDENTITÉ DE LA PERSONNE HUMAINE, AU CROISEMENT DU DROIT ET DE LA PSYCHANALYSE

Soutenue le **9 avril 2021** à 9h30

Devant le jury composé de :

M. Emmanuel JEULAND , Professeur de Droit privé, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne	Rapporteur
M. Marc PICHARD , Professeur de Droit privé, Université de Paris Nanterre	Rapporteur
M. Vincent AUBELLE , Psychanalyste, Professeur associé de Droit public, Université de Marne-la-Vallée	Membre du jury
Mme Vanessa VALETTE , Professeur de Droit privé, Université de Perpignan <i>via Domitia</i>	Membre du jury
M. Mathieu DOAT , Professeur de Droit public, Université de Perpignan <i>via Domitia</i>	Directeur de Recherche

**L'identité de la personne humaine,
au croisement du droit et de la
psychanalyse**

L'Université de Perpignan - *Via Domitia*, U.F.R. Droit - Sciences économiques, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes enfants, Côme, Eve, Aristide et Alban.

À mon père et ma mère.

À Momone et Bon-Papa.

REMERCIEMENTS

Je remercie mes parents qui ne sont plus là depuis longtemps. Mon courageux père, qui n'avait pas confiance en lui mais avait confiance en moi. Il m'a transmis ce qu'il a pu. Mon impétueuse mère qui, à sa manière, m'a incitée à apprendre, bien autrement qu'elle ne l'imaginait. Je remercie mes grands-parents qui auraient été si heureux de me savoir à nouveau à l'université. Ils éclairent depuis toujours mon chemin.

Je remercie profondément et de tout mon cœur mes quatre enfants formidables qui m'ont appris à avancer quoi qu'il arrive. Mes enfants qui ensoleillent ma vie. Généreux, pleins d'humour et de tendresse, ils ont eu l'intelligence de comprendre qu'ils auraient à grandir avec une maman étudiante, absorbée par sa thèse.

Je remercie aussi mes amis, particulièrement Claude et Nadine, qui m'ont fidèlement et chaleureusement soutenue quand j'étais épuisée. Et je remercie bien sûr ceux qui autour de moi n'auraient pas parié une frite sur le fait que ma recherche arrive à son terme, car eux aussi ont été stimulants.

Je suis très reconnaissante aux Professeurs Vanessa Valette, Emmanuel Jeuland, et Marc Pichard, et au professeur associé Vincent Aubelle d'avoir accepté de prendre de leur temps pour évaluer mon travail et de siéger dans mon jury.

Enfin, je remercie très vivement le Professeur Mathieu Doat, mon directeur de recherche. Il m'a donné l'envie et l'élan. Grâce à lui, j'ai osé me lancer dans l'aventure de la thèse. Il l'a d'abord rendue possible, puis a été véritablement à mes côtés, intuitif, perspicace, attentif, toujours bienveillant. Surtout quand j'étais envahie par le doute. Au fil de nos discussions passionnantes, de nos convergences et divergences de vues, il m'a encouragée, comprise, conseillée, défendue. Il m'a permis, grâce à ce travail de thèse, d'avancer sur le chemin du devenir soi.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

a. : autres.

A.F.I. : Association freudienne internationale.

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif.

AJ Famille : Actualité Juridique Famille.

AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal.

al. : alinéa.

AMP : Assistance médicale à la procréation.

PMA : Procréation médicalement assistée

APD : Archives de philosophie du droit.

art. : article(s).

Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation.

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel.

CAA : Cour administrative d'appel.

Cass. ass. plén. : Cour de cassation, Assemblée plénière.

Cass. civ. : Cour de cassation, chambre civile (1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}).

Cass. crim : Cour de cassation, chambre criminelle.

Cass. soc. : Cour de cassation, chambre sociale.

Cass. req. : Cour de cassation, chambre des requêtes.

C. civ. : Code civil.

c/ : contre.

Ccl. : conclusions.

Cf. : *confer.*

civ. : chambre civile.

coord. : sous la coordination de.

C. pén. : Code pénal.

CPC : Code de procédure civile.
CPP : Code de procédure pénale.
CSP : Code de la santé publique.
CSS : Code de la sécurité sociale.
CCNE : Comité consultatif national d'éthique pour les Sciences de la Vie et de la santé.
CE : Conseil d'État.
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme.
C.EDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.
CIDE : Convention Internationale des Droits de l'Enfant.
CJCE ou CJUE : Cour de Justice des Communautés Européennes (ou de l'Union européenne).
CIVI : Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions.
Ch. Corr. : chambre correctionnelle.
Chr. : chronique.
Cf. : *confer* (se reporter à).
ch. : chapitre.
chron. : chronique.
CNCDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme.
CNRS : Centre National de la Recherche Scientifique.
coll. : collection.
comm. : commentaire.
concl. : conclusions.
Cons. Const. : Conseil constitutionnel.
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation.
CURAPP : Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique.

D. : *Recueil Dalloz.*
dir. : sous la direction de.
Dr. fam. : droit de la famille.
Dr. soc. : droit social.
Dr. pén. : droit pénal.
Droits : *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques.*

éd. : édition.

encycl. : encyclopédie.

et alii : et autres.

ex. : exemple.

fasc. : fascicule.

FGTI : Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres actions.

fm : *female to male*

Gaz. Pal. : *La Gazette du Palais.*

GEE : Groupe européen d'éthique.

GPA : gestation pour autrui.

HAS : Haute Autorité de Santé.

hs. : hors-série.

ibid : dernier ouvrage ou article cité.

in : dans.

infra : ci-dessous, plus loin.

IMG : intervention médicale de grossesse.

IVG : interruption volontaire de grossesse.

JAF : Juge aux affaires familiales.

JCP : Jurisclasseur périodique (La semaine juridique) édition générale.

JO : Journal officiel.

Jurisclas. Civil : Jurisclasseur civil.

Jurisclas. Pénal : Jurisclasseur pénal.

LGBTI : lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres, intersexes

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

LPA : *Les Petites Affiches.*

Mél. : Mélanges.

mtf : *male to female*

n. : note

n° : numéro.

obs. : observations.

OMS : Organisation mondiale de la santé.

op. cit. : *opere citato* - ouvrage ou article précité dans le chapitre en cours.

p. : page.

pp. : pages.

préf. : préface.

PMA : Procréation médicalement assistée.

PUF : Presses Universitaires de France.

PUR : Presses Universitaires de Rennes.

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité.

Rapp. : à rapprocher de.

rec. : recueil Lebon.

rép. : répertoire.

reprod. : reproduit.

req. : La Chambre des requêtes de la Cour de cassation.

RDLF : *Revue des droits et libertés fondamentaux*.

RDSS : *revue de droit sanitaire et social*.

RTDA : *Revue trimestrielle des droits de l'homme*.

RFP : *Revue française de Psychanalyse*.

RRJ : *Revue de la recherche et de droit prospectif*.

RSC : *Revue de Science Criminelle*.

RTDCiv. : *Revue Trimestrielle de Droit Civil*.

RTDCom. : *Revue Trimestrielle de Droit Commercial.*

s. : suivant.

S. : Recueil Sirey.

spéc. : spécialement.

SPP : Société Psychanalytique de Paris.

suppl. : supplément.

supra : ci-dessus, plus haut.

t. : tome.

TA : Tribunal administratif.

TGI : Tribunal de grande instance.

Trib. corr. : Tribunal correctionnel.

v. : voir.

vol. : volume.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

L'IDENTITÉ ONTOLOGIQUE DE LA PERSONNE HUMAINE

Titre I : L'identité de la personne humaine comme un produit psychique

Chapitre I : Les concepts énigmatiques de l'identité psychique

Chapitre II : La narration comme outil d'élucidation de l'identité humaine

Titre II : L'identité de la personne humaine comme un corps

Chapitre I : Le corps comme être

Chapitre II : Le corps comme avoir

DEUXIÈME PARTIE

L'IDENTITÉ SOCIALE DE LA PERSONNE HUMAINE

Titre I : Identité de la personne humaine et désordre social

Chapitre I : La personne comme unité

Chapitre II : La personne comme multiple

Titre II : Identité de la personne humaine et ordre sexuel

Chapitre I : L'ordre comme classification

Chapitre II : L'ordre comme commandement

INTRODUCTION

« *Le Je, le Je, voilà le profond mystère* »¹.

Ludwig Wittgenstein.

L'identité, l'identité de soi, qui je suis moi, voilà un bien profond mystère. Pourtant, rien de plus courant que de décliner notre identité, mais rien de plus difficile que de la saisir juridiquement, car autour d'elle gravite une constellation de termes plus ou moins équivalents en langage ordinaire. Des distinctions sont nécessaires pour comprendre ce qui se joue dans ce vocable absolument central pour la personne humaine. D'un parcours de la littérature sur le sujet ressort un constat : le droit et la psychanalyse, ces savoirs aux statuts très différents, s'intéressent à la notion d'identité. On ne sait pas toujours si ces disciplines parlent de la même chose² et la complexité de la notion évoque « une dimension des phénomènes juridiques que l'on a oubliée ou que l'on s'efforce plus ou moins consciemment d'oublier : l'épaisseur de leur présence au monde »³, selon l'expression de Paul Amselek.

Le terme d'identité est central pour le juriste. L'enseignement du droit commence en général en première année par un cours sur le droit des personnes, à l'occasion duquel la question de l'identité est rapidement posée⁴. L'identité, au sens de l'état civil ou du numéro identifiant de

¹ Ludwig WITTGENSTEIN, *Carnets (1914-1916)*, Paris, Gallimard, Les Essais, 1971, C 5-8-16.

² Antonine NICOGLOU, GAËLLE PONTAROTTI, François VILLA et Jonathan WEITZMAN écrivent : « Nous avons pu constater que les mêmes mots ou les mêmes notions étaient souvent utilisées diversement par les chercheurs de différentes disciplines, créant ainsi une barrière au discours interdisciplinaire », in « Introduction générale », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, p. 11.

³ Pour Paul Amselek, il est important de « resituer aux choses juridiques leur mystère : cette invitation (...) ne tend pas, et n'est pas susceptible d'aboutir, à faire progresser les disciplines dogmatiques ou scientifiques qui s'occupent du droit. Tout au plus vise-t-elle à faire prendre conscience de la portée exacte – et donc des limites – de ces disciplines, en faisant prendre conscience du « pourquoi ? » auquel elles ne sauraient répondre », in Paul AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », *Archives de Philosophie du Droit*, tome XIII, 1968, p. 177.

⁴ Annick BATTEUR, « Chapitre 2 – Identification de la personne physique », in *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Manuels, 8^{ème} éd., 2015, pp. 31-62 ; Bernard BEIGNIER, Jean-René BINET, « Section 1 – L'identité de la personne », in *Droit des personnes et de la famille*,

l'Insee, permet à l'État et à son administration de nous distinguer chacun, de nous identifier, parmi tous les autres, comme sujet de droit au faciès d'un curieux mélange de réalité corporelle et d'abstraction⁵. L'identité a d'abord et avant tout une forme juridique, dont le droit civil et le droit pénal notamment, légitiment à la fois la construction et la protection : notre état civil est organisé, enregistré et contrôlé notre vie durant par le droit ; ainsi, pouvons-nous, par exemple, changer d'identité à la suite d'une naturalisation, d'un mariage, d'un changement de prénom⁶, de nom, de sexe, ou même d'âge⁷, pour différentes raisons légitimes. Notre état civil n'est plus immuable, il évolue, il devient « malléable »⁸, et le droit prend de plus en plus acte de sa subjectivisation. On peut voir un paradoxe, presque un changement de paradigme, entre sa fonction d'instrument de police fiable et sa progressive mutation en un droit de la personnalité. La mission de l'état civil consiste en effet de plus en plus non seulement en le fait de définir

LGDJ, Cours, 3^{ème} éd., 2017, pp. 123-152 ; Florence BELLIVIER, « Chapitre 1 – L'identification des personnes corporelles », in *Droit des personnes*, LGDJ, Lextenso éditions, Domat, 2015, pp. 65-112 ; Clara BERNARD-XÉMARD, « Section 2 – L'identification juridique de la personne physique », in *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2018, pp. 75-102 ; Philippe BONFILS, Adeline GOUTTENOIRE, « L'identité du mineur », in *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 2014, pp. 293-320 ; Marjorie BRUSORIO-AILLAUD, « Chapitre 2 – L'identification des personnes physiques », in *Droit des Personnes et de la Famille*, Larcier, Paradigme, 9^{ème} éd., 2018, pp. 33-70 ; Mélina DOUCHY-OUUDOT, « Chapitre 8 - La personne reconnue par le droit », « Chapitre 9 - Les éléments du statut personnel », in *Droit civil 1^{ère} année. Introduction, Personnes, Familles*, Dalloz, Hypercours, Cours et Travaux dirigés, 10^{ème} éd., 2019, pp. 201-238, et pp. 249-269 ; François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, « Sous-titre 3 - L'état de la personne » comprenant », in *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité - Protection*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2012, pp. 137-235 ; Philippe MALAURIE, « Titre 2 – Identification de la personne », in *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, Droit civil, 9^{ème} éd., 2017, pp. 45-110 ; Astrid MARAIS, « Deuxième partie – Identification », in *Droit des personnes*, Dalloz, Cours, 3^{ème} éd., 2018, pp. 87-156 ; Corinne RENAULT-BRAHINSKY, « Chapitre 2 – L'identification de la personne », in *Doit des personnes et de la famille*, Gualino, Mémentos LMD, 15^{ème} éd., 2016-2017, pp. 39-66 ; Bernard TEYSSIE, « Titre 1 - Individuation des personnes physiques », in *Droit des personnes*, LexisNexis, Manuels, 19^{ème} éd., 2017, pp. 17-354 ; etc.

⁵ Yan THOMAS, « Le sujet concret et sa personne », in *Du droit de ne pas naître, À propos de l'affaire Perruche*, Olivier CAYLA, Yan THOMAS, Gallimard, Le Débat, 2002, p. 161.

⁶ La circulaire du 10 mai 2017 permet une déjudiciarisation du changement de prénom : désormais, l'officier d'état civil est compétent pour ce type de changement, quel que soit le motif qui en est à l'origine. Il ne se tournera vers le Procureur de la République que s'il doute du bien-fondé de la demande. Une mesure qui ne facilite pas pour autant nécessairement le changement de prénom, puisqu'il suffit que l'officier d'état civil soit un peu réticent face à une demande qui lui apparaîtrait dérisoire, ou qui ne lui plairait pas, pour qu'il saisisse le parquet.

⁷ Kévin BIHANNIC, « Admettre un droit à changer d'âge ? », *RDLF* 2018, chron. n° 27, <http://www.revuedlf.com/personnes-famille/admettre-un-droit-a-changer-dage/>.

⁸ Cf. interview d'une juge in Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport final, Mission de recherche Droit & Justice, mai 2018, p. 203.

une identité à la naissance, mais également d'établir une identité conforme au sentiment d'être soi.

Parallèlement, la psychanalyse⁹ s'est élaborée comme une pratique d'écoute des personnes qui souffrent d'une « crise d'identité »¹⁰, un terme à la mode¹¹ depuis qu'une forme de globalisation du monde et une grande diversification des configurations de la vie privée ont exacerbé les questions identitaires. Certaines personnes qui se sentent mal dans leur vie et se demandent qui elles sont, peuvent trouver dans l'expérience psychanalytique un refuge, des

⁹ Pour laquelle, tant l'effectivité que l'inscription psychique et sociale de la loi, sont des références centrales, et des préoccupations communes avec le droit.

¹⁰ On attribue la paternité de cette expression à Éric ERIKSON, *Adolescence et crise. La quête de l'identité*, Flammarion, Champs Essais, 1994, rééd. 2011, 348 p. Le concept psychanalytique d'identité commence en effet sa carrière appliquée aux individus, dans les années 50 sous la plume d'Éric Eriksson, immigré au États-Unis pour fuir le nazisme, il est psychanalysé par Anna Freud. Avec cette anecdote pittoresque qu'il a lui-même composé son nom, il s'appelait du nom de son beau-père, mais il a décidé de s'appeler lui-même Eriksson c'est-à-dire fils d'Éric. Donc l'inventeur de la crise d'identité semble être lui-même passé par une sacrée crise d'identité. Il nous dit d'où vient ce concept : s'il est établi par l'histoire que le sens psychologique du mot identité commence dans les années 50, comment le formulait-on avant ? On usait d'un autre vocabulaire, c'était le « caractère » ou la « personnalité ». Eriksson indique lui-même qu'il emploie ce sens du mot identité comme le philosophe américain William James parle de « caractère » pour évoquer l'expérience de se sentir en forme, vivant, et qu'une voix intérieure dit « ceci est le moi réel ». C'est donc le sentiment d'être soi. Ce n'est plus avoir un nom et être identifié, mais c'est avoir des émotions liées au fait que l'on est tel individu et pas un autre. Ce n'est plus « qui es-tu ? » mais « qui es-tu quand tu es toi ? ». Ce qui laisse entendre que l'on n'est pas toujours soi. Le concept d'identité au sens psychologique est foncièrement subjectif, il faut décider d'une définition de soi. Or, on n'en finit jamais d'énoncer tous les caractères qui définissent une personne parmi les autres : parler telle langue, s'habiller de telle façon, avoir tel régime alimentaire, etc. ... on fait entrer dans son identité des éléments qui nous définissent, et ce sont des éléments dont on décide. Or on ne décide pas de son passeport, de sa carte d'identité, de qui sont nos parents, de notre date et lieu de naissance. Tous ces éléments sont notre identité vis-à-vis des autres. Il faut donc assumer la décision que l'on prend d'être soi et le paradoxe que cette opération de se définir soi, est de donner un caractère essentiel à des éléments qui ne le sont pas. La notion de mon identité, celle dont je décide me conduit à prendre des éléments contingents de ma vie et de décider que je ne peux pas vivre sans, alors même qu'ils sont contingents. Pour prendre un exemple, chez les Stoïciens, avec Épictète, on lit un dialogue avec un esclave qui est Épictète et son maître. Le maître dit « Épictète fais-toi raser ». Or à cette époque quand on est philosophe on a une barbe. « Si je suis philosophe, je ne me ferai pas raser » répond Épictète. « Alors je t'enlèverai la tête », dit le maître. Et Épictète insiste : « Enlève-là moi ». C'est donc un critère qui est la marque de sa philosophie à cette époque : le port de la barbe devient une question de vie ou de mort du philosophe. Cette essentialisation devient une existentialisation. Sur la crise d'identité de la France, v. l'ouvrage d'Alain FINKIELKRAUT, *L'identité malheureuse*, Stock 2013, 240 p.

¹¹ On parle notamment de crise de l'adolescence, de crise de la quarantaine ou de la cinquantaine, etc.

« re-pères »¹² pour parer au sentiment de faille narcissique¹³, d'incertitude identitaire face à l'altérité, car quand, en « quête de soi¹⁴ », elles portent leur regard sur le monde, elles voient une humanité complexe, violente, sombre, indéchiffrable, qui les confronte à leur propre fragilité comme condition existentielle¹⁵ à assumer.

Les deux formes de savoirs aux statuts épistémologiques très différents que sont le droit et la psychanalyse, s'interfèrent, voire même s'interpellent. Entre le droit et la psychanalyse, la relation n'est pas de hasard. Depuis une trentaine d'années, le législateur comme le juge ont en effet considérablement fait évoluer le droit des personnes¹⁶ jusqu'à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe par la loi du 17 mai 2013¹⁷, plus récemment, la reconnaissance ponctuelle par l'état civil français de la filiation d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui¹⁸ et l'ouverture à la procréation médicalement assistée pour toutes les femmes¹⁹. Ces

¹² Depuis les balbutiements de la psychanalyse, la figure du père joue un rôle fondamental, elle sert de principal repère.

¹³ En référence au mythe de Narcisse qui évoque l'amour porté à l'image de soi-même. Narcisse était amoureux de son image tout en croyant qu'elle était celle d'un autre. La psychanalyse établit la théorie du narcissisme comme une situation dans laquelle l'illusion subsiste, mais elle est déplacée, l'image de l'autre ayant disparu. V. à ce sujet, Pierre DESSUANT, *Le Narcissisme*, PUF, Que sais-je, 1983, 127 p. Sigmund Freud qualifie de « blessure narcissique » la difficulté pour le sujet de réaliser que sa multiplicité interne l'empêche, ne lui permet pas d'être maître de lui-même. V. également note n°242 pour le développement de cette notion.

¹⁴ Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, 351 p.

¹⁵ Miguel BENASAYAG, *La fragilité*, La Découverte, Poche, 2007, 277 p.

¹⁶ Sur cette évolution, v. notamment Irène THÉRY, *Mariage et filiation pour tous : Une métamorphose inachevée*, Le Seuil, La république des idées, 2016, 128 p. ; v. aussi René SÈVE, *La famille en mutation*, Tome 57, Dalloz, Archives de Philosophie de droit, 2014, 590 p. ; v. également le dernier projet de loi relatif à la bioéthique du 15 octobre 2019 (n° 2187, 2243), modifié au 14 janvier 2020.

¹⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, promulguée le 18 mai 2013.

¹⁸ V. note n° 22.

¹⁹ V. le mémoire de Camille GRAND, *L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires*, sous la direction de Yann Favier, Université Jean Monnet, 2018, consultable sur HAL, 110 p. La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique autorise les couples de femmes et les femmes célibataires à accéder à l'assistance médicale à la procréation. Comme cette loi ouvre les techniques de PMA à deux nouvelles catégories de personnes le critère d'infertilité antérieurement requis, disparaît. Cette PMA sera remboursée par la Sécurité sociale, comme c'était déjà le cas pour les couples infertiles, qui étaient les seuls autorisés à y recourir jusqu'à présent.

Un mécanisme de filiation spécifique est prévu pour les couples de femmes : pour établir un lien entre la mère qui ne porte pas l'enfant et celui-ci, les deux mères devront effectuer une reconnaissance conjointe anticipée devant notaire, en même temps que le consentement au don requis pour tous les couples. Cette reconnaissance conjointe anticipée sera mentionnée sur l'acte de naissance intégral de l'enfant. La mère qui a porté l'enfant deviendra, elle, mère par l'accouchement.

évolutions se mettent en place de manière parfois très ostensible, mais il est vrai aussi que « les grands événements arrivent sur des pattes de colombes et les vraies mutations sont imperceptibles au regard de l'individu »²⁰. Le juriste comme le politique, le sociologue, l'anthropologue, le biologiste, le psychanalyste ou le philosophe s'interrogent : quel droit fabrique-t-on ? Les débats sont constants autour des métamorphoses contemporaines de l'identité personnelle²¹, des mutations des formes d'alliances²² et de parenté²³, et de leur accompagnement juridique, dont le vide, parfois, a pu rendre, ou rend encore certaines situations extrêmement délicates pour ceux et celles qui les vivent. Les filiations sont modifiées²⁴, la transmission désorganisée, des familles traditionnelles dûment authentifiées par

²⁰ Élisabeth BADINTER, *L'un est l'autre. Des relations entre hommes et femmes*, Odile Jacob, 1986, p. 250.

²¹ Notamment celle des personnes homosexuelles, transsexuelles et intersexuelles.

²² Maurice Godelier dans les *Métamorphoses de la parenté* explique une réalité anthropologique fondamentale : « la transformation est le fait humain *par excellence* » - notamment l'institution familiale -, ainsi les êtres humains qui vivent dans nos sociétés historiques, aussi traditionnelles soient-elles, ne cessent de modifier de toutes sortes de façons, leurs institutions, in Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Flammarion, Champs Essais, 2010, 949 p.

²³ Les modalités d'accès modernes à la parenté pour les couples de même sexe suscitent encore des discussions enflammées, et une partie de « spécialistes » en matière d'ordre familial, qu'ils soient juristes (et dont les interventions dans le champ social sont susceptibles d'incidences très concrètes dans la vie des gens), ou psychanalystes divers et variés, considèrent les dernières évolutions en la matière comme illégitimes et dangereuses, se croyant investis d'une mission morale de sauvegarde de « valeurs familiales en péril », v. à ce sujet Daniel BORRILLO et Éric FASSIN (dir.), *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, 2001, 278. Maurice Godelier indique que « nulle part un homme et une femme ne suffisent à faire un enfant ; nulle part les rapports de parenté ou la famille ne constituent le fondement de la société. Et si l'homosexualité n'avait encore jamais été revendiquée comme fondement de la famille, ce à quoi nous assistons depuis trente ans n'est pas la disparition de la parenté, mais une formidable métamorphose qui, paradoxalement, nous rapproche des sociétés " traditionnelles ", le terrain privilégié des ethnologues », in Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, op. cit.

²⁴ Yann FAVIER, « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales*, n° 7, 2010/1, pp. 17-28. Le 4 octobre 2019, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière, s'alignant sur l'avis consultatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 10 avril 2019 (demande n° P16-2018-00), a mis un terme à la longue quête des époux Mennesson et de leurs jumelles de 19 ans - nées de mère porteuse aux États-Unis - reconnaissant la « mère d'intention » comme la mère des deux jeunes filles en France, estimant qu'il « convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant ». La Cour estime que la procédure d'adoption est trop longue au regard de l'intérêt de l'enfant, cet intérêt étant plus important que la fraude commise à l'étranger au regard du droit français (arrêt n° 648 du 4 octobre 2019, 10-19.053), à la condition toutefois que l'acte de naissance étranger soit conforme au droit local. Cette reconnaissance a été étendue le 18 décembre 2019, par deux nouvelles décisions prises par la Cour de cassation, dans lesquelles elle permet l'entière transcription des actes de naissances d'enfants nés par GPA à l'étranger, en faveur de deux couples d'hommes, l'un marié et l'autre en concubinage ; des décisions dans lesquelles la première chambre civile « s'est indéniablement

le scénario « œdipien » éclatent, les ruptures de couples et les remariages augmentent, les familles monoparentales foisonnent, les mariages sont aujourd'hui possibles entre tous les sexes, et ces évolutions transforment profondément le paysage social²⁵. L'enfant né sous GPA²⁶ pose au droit la question des origines et de leurs incidences, on se demande comment penser l'identité d'un enfant né de la participation de différentes personnes, issu de gamètes étrangères à celle qui le porte²⁷, mais que l'on en appelle à la loi sacrée de la nature, ou au complexe

distanciée d'une conception purement biologique de la filiation et, avec elle, de l'affirmation selon laquelle la vérité de la maternité serait dans l'accouchement » (arrêt n°1111 du 18 décembre 2019, 18-11.815, et arrêt n°1112 du 18 décembre 2019, 18-12.327). Xavier Labbé dans son article « L'homme qui a accouché d'un enfant » évoque le cas de cette femme devenue homme à l'état civil, tout en gardant ses attributs féminins qui lui ont permis de mener à terme sa grossesse et d'accoucher. Cet auteur se demande s'il va « falloir redessiner tout le droit de la filiation », in Xavier LABBÉE, « L'homme qui a accouché d'un enfant », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1085. V. aussi Guillaume KESSLER, « Filiation et transidentité : la frilosité de la Cour de cassation », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n° 18-50.080, *AJ Famille*, 2020, p. 534.

²⁵ V. notamment Muriel REBOURG, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010/1, p. 29 ; Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les transformations de la morphologie familiale », *Sociologie de la famille*, La Découverte, 2009, pp. 6-26 ; Isabelle CORPART, « La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité », *Recherches familiales*, vol. 15, n°1, 2018, pp. 163-165 ; Salvatore D'AMORE, *Les nouvelles familles. Approches cliniques*, De Boeck Supérieur, Carrefour des psychothérapies, 2010, 474 p., etc.

²⁶ La portée de l'article 16-7 du Code civil qui énonce que « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle », est aujourd'hui largement interrogée par les récentes décisions de la Cour de cassation en faveur de la reconnaissance par l'état civil français des enfants nés par GPA à l'étranger. Le 29 novembre 2017, la première chambre civile (Cass. 1^{ère} civ., 29 novembre 2017, n°16-50.061), reprenait encore les solutions du 5 juillet 2017 (Cass. civ. 1^{ère}, n° 16-16.455, 16-16.901, 15-28.597, 16-20.052, v. Dalloz actualité, 6 juillet 2017, obs. T. Coustet) : pour ce qui est du père, la filiation peut être transcrite à l'état civil français, mais pour ce qui est de la mère d'intention, l'article 47 du Code civil n'autorise la transcription des actes de l'état civil que s'ils correspondent à la réalité. Or la mère d'intention n'a pas matériellement accouché et ne peut être reconnue à l'état civil français comme mère de l'enfant, même si elle l'a été par l'état civil étranger (la Cour censure la cour d'appel qui avait admis de tenir compte de la « réalité juridique ». Mais le 4 octobre 2019, la Cour de cassation réunie en assemblée plénière a permis que deux enfants nés d'une mère porteuse par GPA à l'étranger voient leur filiation reconnue par l'État français vis-à-vis de leur père biologique et également de leur mère d'intention, laquelle n'avait pas accouché. Jusqu'alors, ces transcriptions à l'état civil français d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par GPA étaient refusées concernant la mère d'intention, sur le fondement de l'article 47 du Code civil qui dispose que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». On voit que la réalité prise en compte est la réalité de la parentalité psychique, et que l'adage *mater semper certa est*, à bien des égards, change de sens.

²⁷ Élisabeth BADINTER « Préface », in Sabine PROKHORIS, *Déraison des raisons. Le juge face aux nouvelles familles*, PUF, 2018, p. XIII.

d'Œdipe, on constate que ces enfants-là ne sont pas différents des autres²⁸. Le transsexualisme, l'intersexuation, la notion de genre²⁹, la place du père tout comme celle de la mère, largement remises en question³⁰, bousculent nos catégories juridiques binaires homme/femme, avec les

²⁸ S'agissant de la médecine procréative, le rapport d'une mission de recherche réalisée à la demande du ministère de la justice, conduite par le centre de recherches et d'études juridiques sur l'efficacité des systèmes de droit civil (CEJESCO) de l'université de Reims, dirigé par Clotilde Brunetti-Pons, maître de conférence et spécialiste du droit de la famille, indique que « la fabrication d'enfants entre dans l'ère industrielle et offre une représentation de plus en plus technique d'un fait naturel », in <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/06/GIP-rapport-final-Le-droit-à-lenfant-juin-2017.pdf>. Cette formule aux accents dramatiques alarme de toute évidence son lecteur, mais correspond surtout au fantasme aux accents paranoïaques quant à une technoscience qui serait dotée d'une énergie autonome, menaçant les fondements-mêmes de l'humanité.

²⁹ Selon Anne Bargiarochi, pédopsychiatre à l'hôpital Robert-Debré, l'identité de genre s'apparente à « un spectre, avec toutes les variations possibles de parts de féminin et de masculin dans ce que l'on ressent », cf. le documentaire *Petite fille* du cinéaste Sébastien LIFSHITZ, diffusé le 20 novembre 2020 sur Arte.

³⁰ L'intangibilité de l'ordre familial, entre la mystique du chef (le « père-sévère » de Jacques Lacan), et la mystique de la maternité s'effrite peu à peu, le carcan millénaire du patriarcat se fragilise au fur et à mesure que le modèle des places parentales se transforme et se redéfinit, au rythme des évolutions sociétales qui tendent vers l'égalité des sexes. V. l'ouvrage de Gérard NEYRAND, Marie-Dominique WILPERT, Michel TORT, Diane KHOURY, *Père, mère, des fonctions incertaines : Les parents changent, les normes restent ?*, Érès, poche, 2013, 108 p. ; v. aussi Gérard POMMIER, Laurence CROIX, *Pour un regard neuf de la psychanalyse sur le genre et les parentalités*, Érès, Point hors ligne, 2018, 250 p. En 2001, Jacques Derrida, dans un dialogue avec Élisabeth Roudinesco souligne ceci : « Vous connaissez la certitude supposée selon laquelle on sait toujours qui est la mère, mais on ne sait pas avec le même type d'assurance, qui est le père. La paternité serait induite par le jugement, la maternité par une perception (...). Or ce schéma, même et surtout chez Freud, me paraît plus fragile que jamais. Moins que jamais aujourd'hui on peut être sûr que la mère elle-même est celle qu'on croit voir accoucher. La mère n'est pas seulement la génitrice, car comme la psychanalyse n'est pas seulement la seule à nous l'enseigner, depuis toujours une autre personne peut devenir ou avoir été « la » mère, une des mères. Or ce qui est le plus difficile à penser, d'abord à désirer puis à accepter, autrement que comme une monstruosité, c'est cela même : plus qu'une mère. Des suppléments de mères, dans une irréductible pluralité. Aujourd'hui, la mère porteuse et celle qui devient, à proprement parler comme on dit improprement, la mère, cela fait deux personnes. Sans parler de tant d'autres mères venues prendre le relais ! Autrement dit, l'identité de mère (comme sa possible identification juridique) relève d'un jugement aussi dérivé, d'une inférence aussi déliée de toute perception immédiate que cette fiction légale d'une paternité conjecturée par un raisonnement (*legal fiction* disait Ulysse de Joyce au sujet de la paternité). Les pouvoirs-technoscientifiques (insémination artificielle, mère porteuse {nous pourrions même dire "père porteur" en parlant de Thomas Beatie, v. ...}, clonage, etc.) accéléreront sans doute dans l'avenir, une mutation dans le rapport père/mère. Mais ce sera seulement une accélération, une différence, si spectaculaires ou redoutables qu'en paraissent les effets : la mère a toujours été, elle aussi, une mère "symbolique" ou "suppléable" comme le père, et la certitude acquise au moment de l'accouchement était à, mon avis un leurre. Un leurre fort intéressé, certes, la projection d'un puissant désir, mais un leurre. Elle le reste – à jamais, plus que jamais. (...) Une autre évidence : avant d'en arriver aux mères porteuses, on sait que dans certains milieux sociaux, la mère "donnait naissance". Mais c'était une autre femme - une nourrice – qui élevait l'enfant. Le père pouvait d'ailleurs devenir la vraie mère, et la mère "symbolique" ou "fantasmatique" pouvait être différente de la "vraie" mère - mais plus vraie qu'elle. La position de la mère n'est jamais réductible à celle de la génitrice », in Patrice DESMONS, « Pour une déconstruction des structures élémentaires de la parenté : la filiation non

innombrables stéréotypes conscients et inconscients qui leur sont attachés. Les termes de liberté, de consentement, de volonté, d'intention, de désir, de transgression, de fantasme, de responsabilité, de culpabilité, de trauma, de vulnérabilité, de pulsion ... se télescopent. Il n'est pas toujours bien vu de rappeler que l'être humain est doté d'un inconscient, et que quand il fait ce qu'il désire, il ne fait pas toujours ce qu'il veut³¹.

S'il faut se garder de juger les multiples configurations émergentes, on constate que les biographies des personnes se complexifient considérablement. L'ordre juridique symbolique vacille, et certains juristes se tournent vers la psychanalyse pour trouver des débuts de réponse³². Une urgence s'empare des débats : il faut décrypter et analyser ce qui se joue inconsciemment dans les changements législatifs et jurisprudentiels, entendre quelles informations la psychanalyse peut dispenser, quelles sont les zones sécantes avec le droit. La psychanalyse investit les discours médiatiques qui commentent les réformes en cours, elle est aussi présente au cœur des prétoires. Depuis plus de trente ans, l'expertise psychologique judiciaire évolue, elle s'est d'abord développée sur le terrain du droit civil, plutôt que sur celui du droit pénal³³, avec les premières lois sur le divorce en 1975, qui ont conduit les juges à prendre en considération « l'intérêt de l'enfant »³⁴ dans les liens familiaux³⁵, en s'appuyant sur les apports de la psychologie, et plus spécifiquement ceux de la psychanalyse, même si un conservatisme spécifique s'appuie encore sur des représentations qui sous-tendent des pans entiers de doctrine juridique³⁶. Progressivement, les procédures se sont transformées, avec une écoute de plus en

phallogocentrique », in Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, Presses Universitaires de Provence, penser le genre, 2014, pp. 73-74.

³¹ Cf. Silvia LIPPI, *La décision du désir*, Érès, Point hors ligne, 2013, 293 p.

³² Il est cependant certain qu'au nom des exigences psycho-anthropologiques du « Symbolique », cette même notion de symbolique importée des écrits de Sigmund Freud et de Jacques Lacan par un usage qui n'épuise ni la complexité ni les variations du terme, est aussi fréquemment utilisée comme l'élément essentiel d'une sorte de « kit psy prêt-à-penser » générateur d'une vulgate estampillée « scientifique ».

³³ Ainsi que l'explique Jean-Luc VIAUX dans « Les paradoxes de l'expertise », *Le Journal des psychologues*, vol. 238, n°5, 2006, pp. 26-29.

³⁴ Ultérieurement garanti, en 1989, par l'article 3§1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant qui dispose que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

³⁵ Ainsi que l'explique Jean-Luc VIAUX dans « Les paradoxes de l'expertise », *Le Journal des psychologues*, *op. cit.*

³⁶ Sur la question de la « doctrine », qui englobe l'ensemble des travaux des juristes, mais également ceux des lecteurs du droit, v. Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Les Voies du droit, 2005, pp. 222-223.

plus attentive des individus au sein des tribunaux et au cours des enquêtes civiles et pénales. L'appréciation des « psys » est devenue, dans certains procès dits sensibles, un objet juridique décisif, source de controverses. C'est ainsi qu'« à la laconique mission de “procéder à l'examen psychologique de X”, se sont substituées des missions toujours plus longues et plus au cœur de la procédure. Demander au psychologue d'établir les motivations d'un sujet à accomplir un acte qu'il n'a pas reconnu et qu'un jury ne lui a pas imputé est une façon de transférer l'office du juge »³⁷. Ce que le psy s'attelle à essayer de dire, c'est « qui » est une personne au moment où elle est jugée.

« Être quelqu'un », être identifié comme « qui on est », est au donc au cœur des débats. Même la haute technologie s'en mêle³⁸, il faut pouvoir identifier chaque individu, infailliblement et en toutes circonstances, ce que le Conseil d'État avalise. Dans les cabinets des juges ou encore dans les commentaires juridiques de textes, on fait de plus en plus souvent de la « psychologie » sans le savoir³⁹, pour tenter de saisir l'identité des personnes⁴⁰. Parfois un peu à la façon de Monsieur Jourdain, les juristes empruntent à la psychanalyse les concepts de « désir »⁴¹, de

³⁷ Jean Luc VIAUX, « Les paradoxes de l'expertise », *Le journal des psychologues*, *op. cit.*, p. 26 ; v. aussi Laurence DUMOULIN, « L'expertise dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et société*, 2000, pp. 199-223 ; v. plus largement la thèse d'Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005, 470 p.

³⁸ Les systèmes de reconnaissance d'image et de convergence d'ensembles de données numériques permettent de tracer les individus de manière qui semble plus inquiétante que les analyses ADN. Le gouvernement a récemment construit un système de reconnaissance faciale par smartphone, ALICEM (Authentification en Ligne Certifiée sur Mobile), que la CNIL qualifie d'« application de lecture d'un citoyen en mobilité ». Ce système consiste en un traitement automatisé permettant d'authentifier les gens par voie électronique grâce à un système de reconnaissance faciale très poussée, entre photos et vidéo imposés pour l'enregistrement des données. Un procédé biométrique qui permet de vérifier qu'une personne est bien celle qu'elle prétend être, en analysant ses traits. La CNIL évoque de « considérables » enjeux de protection des données et de risques d'atteintes aux libertés individuelles, dont « la liberté d'aller et venir anonymement ». L'association « La Quadrature du Net » (LQDN) a déposé une requête contre le décret n° 2019-452 du 13 mai 2019 autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile ». Le Conseil d'État, a annoncé le 5 novembre 2020 rejeter la demande d'annulation du décret autorisant sa création.

³⁹ Voir une sorte de « philosophie spontanée des savants », selon l'expression du philosophe Louis Althusser.

⁴⁰ Sur la banalité du fait psychique et sa juridicisation, v. la thèse de Géraldine AÏDAN, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction d'Étienne Picard, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 10 déc. 2012, 562 p., consultable sur HAL.

⁴¹ Si le désir marque l'envie active de quelque chose, ce n'est pas forcément en connaissance de cause, pas obligatoirement conscient, il peut aussi être confus (selon Jacques Lacan, le désir correspond à l'écart entre le besoin et la demande), et confondu avec la notion juridique de consentement qui ne marque pas nécessairement le signe d'une volonté active, et ne constitue que l'acceptation,

« déni »⁴², de « refoulement »⁴³, de « fantasme »⁴⁴, de « trauma »⁴⁵, et même de « pulsion », sans se référer à une quelconque appellation contrôlée⁴⁶, et on sait par ailleurs que certains mots sont communs aux juristes et aux psychanalystes, tout en revêtant des sens différents, comme

l'acquiescement, la permission, l'autorisation lors d'une prise de décision, et suppose que la personne qui consent discerne clairement les éléments d'une situation. On peut donc désirer sans consentir, et consentir alors que l'on ne désire pas.

⁴² Le déni au sens psychanalytique est un « mode de défense » qui consiste pour une personne, à refuser de reconnaître une réalité qui la traumatise, c'est un refus inconscient de reconnaître une réalité traumatisante. Or le juge, régulièrement confronté à ce phénomène psychique, ne dispose pas des outils de la psychanalyse pour l'identifier et le décrypter.

⁴³ Le refoulement est, par exemple, au cœur du dispositif juridique sur les migrants qui sont refoulés aux frontières de notre territoire ; plus généralement ce terme concerne tous ceux que l'on ne veut pas voir, les exclus de notre société, les marginaux. Or le dictionnaire psychanalytique définit le refoulement comme étant au sens propre « l'opération par laquelle le sujet cherche à repousser ou à maintenir dans l'inconscient des représentations liées à une pulsion. Le refoulement se produit dans les cas où la satisfaction d'une pulsion - susceptible de provoquer par elle-même du plaisir – risquerait de provoquer du déplaisir à l'égard d'autres exigences ». Au sens plus vague, « le terme de refoulement est parfois pris par Freud dans une acception qui le rapproche de celui de défense », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, PUF, Quadriga – Dicos poche, 5^{ème} éd., 2014, p. 392.

⁴⁴ Les auteurs de doctrine juridique se servent communément du terme de fantasme qui consiste en une représentation imaginaire, théorisée par la psychanalyse, un scénario qui traduit des désirs conscients ou inconscients, plus ou moins déformés par des processus défensifs. Par exemple quand l'avocat Thomas Coustet parle de justice prédictive, il évoque « la réalité derrière le fantasme de la justice robot » dans son article publié chez Dalloz Actualité le 15 avril 2019. Hugues Fulchiron dans son article « Ne répudiez point ... : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », qui traite de polygamie et de répudiation, paru dans la revue Internationale de droit comparé, vol. 58 n°1, 2006, pp. 7-26 (plus exactement p. 23), écrit : « l'exemple du Maroc montre la nécessité pour le juge français de se livrer à une analyse approfondie du système juridique étranger, au-delà des *a priori* et, parfois, des fantasmes ». La chambre criminelle de la Cour de cassation retranscrit l'expression de « fantasmes délirants » dans son arrêt de rejet du 7 décembre 2010 (09-87999).

⁴⁵ La signification psychanalytique du terme de « trauma » dérive du grec ancien, et signifie « blessure » et de « percer », il désigne une blessure par effraction. La psychanalyse a repris ces notions en les transposant au plan psychique, faisant du trauma un choc violent subi par effraction et qui a des conséquences sur l'ensemble de l'organisation psychique d'une personne. Le trauma est donc un « événement de la vie du sujet qui se définit par son intensité, l'incapacité où se trouve le sujet d'y répondre adéquatement, le bouleversement et les effets pathogènes durables qu'il provoque dans l'organisation psychique », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, *op.cit.* p. 499.

⁴⁶ « Dans le cabinet d'un juge, on fait souvent de la psychologie sans le savoir et souvent de la mauvaise ; c'est absurde. C'est à peu près aussi absurde que si un bactériologiste faisait des préparations dans un milieu sale », in Alfred BINET, « La science du témoignage » (1905), *L'Année psychologique*, n°11, pp. 128-135.

ceux de « jouissance »⁴⁷, de « défense »⁴⁸, de « conflit »⁴⁹, et même de « masculin et de féminin »⁵⁰, ou encore de « censure », « dettes », « créances », « évènements qui lient et délient »⁵¹, etc. ... Pour éviter certains malentendus dans les usages qui sont faits des mots dans le langage juridique, il faut donc bien s'interroger sur leur sens, et sortir de la discipline juridique. Quand par exemple une partie de la doctrine s'appuie sur une sorte de magma

⁴⁷ La jouissance au sens juridique consiste en fait de pouvoir disposer librement d'un bien, d'une chose, de s'en servir personnellement, d'en percevoir les fruits, le mot figure notamment à l'art. 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». On ne jouit donc pleinement que de selon dont on dispose soi-même, quand l'autre a renoncé à cette prétention sur l'usage de ce même objet. Alors qu'en psychanalyse, Jacques Lacan – qui y a introduit ce concept - lie la jouissance à la satisfaction : la jouissance dépend du désir de l'Autre, ma jouissance est donc aussi celle de l'Autre, et une transgression est nécessaire pour accéder à la jouissance, elle est conditionnée par la violation d'un interdit (v. Jacques LACAN, *Le Séminaire, Livre VII, L'éthique de la jouissance*, le Seuil, 1986, p. 208). En cela, Jacques Lacan rejoint Georges Bataille selon lequel « l'interdit est là pour être violé » (*in* Georges BATAILLE, *L'érotisme*, Les Éditions de Minuit, 1957, p. 72).

⁴⁸ Le dictionnaire juridique indique que la défense, ce sont les moyens de fait ou de droit destiné à riposter aux prétentions de l'adversaire ; c'est également la protection, ou encore l'action de défendre c'est-à-dire de faire valoir des droits, des intérêts, *in* Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 308. La défense au sens psychanalytique porte globalement sur l'excitation interne (les pulsions) d'une personne. Il s'agit d'un « ensemble d'opérations dont la finalité est de réduire, de supprimer toute modification susceptible de mettre en danger l'intégrité et la constance de l'individu biopsychologique », *in* Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 108.

⁴⁹ Dans une approche juridique, le conflit oppose au moins deux parties en désaccord au sujet d'éléments de faits ou d'éléments juridiques qui sont à l'origine d'une contestation, d'un litige. En droit, il ne peut y avoir de conflit avec soi-même, alors que la psychanalyse considère que le conflit est constitutif de l'être humain, elle parle de conflit lorsque « dans le sujet s'opposent des exigences internes contraires », ce conflit pouvant être manifeste (par exemple entre des sentiments contradictoires), ou latent (quand il se traduit de manière déformée à travers des symptômes, des troubles de comportement ou du caractère, etc.)

⁵⁰ Sigmund Freud a montré que les termes de « masculin » et de « féminin » recouvrent une grande variété de significations, biologique quand il s'agit des caractères sexuels physiques, mais qui ne rendent pas compte loin s'en faut du comportement psychosexuel, et donc également sociologique particulièrement variable selon les fonctions réelles et symboliques attribuées aux personnes dans une civilisation donnée. Par ailleurs, à la fois la jurisprudence (les deux arrêts Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900 et 91-12373; Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1994, etc.) et la loi du 18 novembre 2016 avec le nouvel article 61-5 du Code civil sur le changement de sexe, montrent que, même si les notions de féminin et le masculin ne sont pas juridiquement définies, elles correspondent, selon le législateur, à des « comportements sociaux », qui supposent que les hommes ne se comportent pas comme les femmes et vice-versa. V. à ce sujet l'article de Marc PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo) », *in* *Le genre une question de droit*, Actes du colloque du 24 juin 2010, *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 277.

⁵¹ Marie-Dominique TRAPET, « Droit et psychanalyse », *in* Alain de Mijolla (dir.), *Dictionnaire international de la psychanalyse*, Calmann-Lévy, coll. Psychologie – Psychanalyse - Pédagogie, t. 1, 2002, p. 501.

idéologique pour affirmer que les enfants nés de GPA seront sujets à « traumatismes »⁵², on peut se demander ce que signifie exactement ce terme. Le langage du droit ne peut prétendre à une complète autonomie⁵³, dans la pratique comme dans l'analyse théorique, il ne se suffit pas à lui-même, il n'y a pas de langage *pur* du droit qui s'exonèrerait du langage ordinaire, et en détournant une phrase de Jacques Lacan, on pourrait dire que le droit « n'a pas le privilège d'un sujet plus consistant, mais doit plutôt permettre de l'éclairer aussi bien dans les avenues d'autres disciplines »⁵⁴.

Si à première vue, l'articulation des analyses juridiques et psychanalytiques peut paraître fructueuse, il reste que l'intérêt d'une recherche interdisciplinaire ayant pour objet l'identité de la personne doit être justifié (I), et que les conditions méthodologiques demandent à être précisées (II).

⁵² L'utilisation du concept de « trauma » par des juges qui ne maîtrisent pas forcément sa signification pour le psychisme humain, mais en font un argument au soutien de leur décision, interroge. Jean-Louis Baudouin et Catherine Labrusse-Riou expliquent que l'argument des risques psychiques et celui du « traumatisme » ou « état psychopathologique patent » induit par la séparation du bébé né de GPA d'avec sa « vraie mère » (v. communication de Bernard JEAN, sous Cass. civ. 31 mai 1991, *JCP*, 1991, II, 21752, p. 377), et par la découverte ultérieure de son mode de conception, ont trouvé une « traduction » chez les juges (v. Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Les Voies du droit, 1987, p. 70). Selon les juges du TGI de Marseille (TGI Marseille, 16 décembre 1987, GP, 30 janvier 1988, p. 98), l'enfant courrait le risque d'être « traumatisé », non seulement par la « séparation » lors de la naissance, mais encore par le fait que la relation intra-utérine serait perturbée du seul fait que la mère porteuse n'ait pas pour but d'être la mère de l'enfant.

⁵³ Cette autonomie du savoir juridique, « affranchi de la pesanteur sociale » a été fermement critiquée par Pierre Bourdieu, in Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, De quel droit ?, sept. 1986, p. 3.

⁵⁴ Jacques Lacan écrivait que « la psychanalyse n'a pas le privilège d'un sujet plus consistant, mais doit plutôt permettre de l'éclairer aussi bien dans les avenues d'autres disciplines », Jacques LACAN, « Du sujet en question », in *Écrits*, Seuil 1966, p. 230.

Section I

L'intérêt d'une étude sur l'identité de la personne humaine

La légitimité d'une recherche croisée sur l'identité de la personne humaine, via les disciplines du droit et de la psychanalyse pourrait *a priori* être contestée, d'une part du simple fait de la mise en présence de deux savoirs à première vue éloignés, et d'autre part au regard du nombre de travaux déjà consacrés à l'identité humaine. Des travaux auxquels s'ajoutent plus largement ceux traitant de l'identité humaine en philosophie, en sociologie, en psychologie, en anthropologie, en biologie, en politique⁵⁵, etc., ainsi que différentes études portant sur des concepts connexes à travers lesquels l'identité est souvent appréhendée : volonté, consentement, liberté, autonomie, dignité, genre, corps, « moi », « soi », etc. L'étendue de cette prose foisonnante peut laisser sceptique quant à l'intérêt d'engager une nouvelle recherche sur ce sujet vertigineux. En l'espace de quelques décennies, l'identité - comme processus dynamique conjuguant singularité et appartenance collective - a envahi l'ensemble des sciences humaines, la notion est fortement polysémique. Si les doutes sur le bien-fondé de notre entreprise sont légitimes, nous essaierons de les discuter, car l'attrait des questions suscitées par l'identité de la personne humaine (I), justifie l'intérêt du croisement disciplinaire (II).

⁵⁵ L'identité ne peut s'étudier et se définir à travers un seul prisme, une seule pensée, un seul regard disciplinaire, il importe de jeter des ponts entre des domaines multiples et peut-être de voir leurs incompatibilités ou leurs incohérences.

I. L'attrait des questions suscitées par l'identité de la personne humaine

Les raisons qui justifient le choix d'un sujet de thèse sont multiples, parfois mystérieuses. D'abord, ce peuvent être l'émotion⁵⁶, la curiosité, l'intuition, l'attrance, qui sont des moteurs puissants (A), mais il y a aussi le fait que le concept d'« identité » suscite aujourd'hui une attention toute particulière⁵⁷, une audience de plus en plus marquée, et que, par ailleurs, la « chose juridique »⁵⁸ en lien soulève des questions passionnantes (B). Tout ceci nous a séduit.

A. La séduction d'un mot difficile à définir

Qui suis-je ? La question de l'identité est très ancienne ... presque enfantine. Elle dégage un mystère et intimide, peut-être parce que l'on ne sait pas très bien de quoi il s'agit. Aucune discipline ne peut d'ailleurs à elle seule la penser, l'affronter, la circonscrire. La signification du mot « identité » a quelque chose d'énigmatique et de polymorphe qui nous échappe et nous fascine. L'idée de la mouvance et de la mobilité de la notion remonte aux origines de la pensée : Héraclite estimait déjà que l'« on ne peut entrer deux fois dans le même fleuve »⁵⁹. Plus de vingt-cinq siècles plus tard, et surtout depuis les années quatre-vingt-dix, l'identité est devenue

⁵⁶ Un mouvement *Law and emotions* s'est développé aux États-Unis pour analyser l'importance des émotions dans les raisonnements juridiques et judiciaires. Il est présenté par Emmanuel JEULAND dans son article « Le juge et l'émotion » du 11 juin 2019, consultable sur HAL. V. également Emmanuel JEULAND, *La justice des émotions*, IRJS, Les humanités du droit, 2020, 479 p.

⁵⁷ Bernard Golse rappelle qu'en 1968, le psychanalyste Erik Erikson, l'un des premiers à familiariser la problématique de l'identité, annonçait déjà que « l'étude de l'identité devient aussi centrale à notre époque que celle de la sexualité à l'époque de Freud », in Bernard GOLSE, « Préface », *Identités*, op. cit., pp. 7 à 10.

⁵⁸ L'ordre des mots n'est jamais fidèle à l'ordre des choses. L'écart entre les mots et les choses pour reprendre l'expression de Michel Foucault, ce rapport entre les mots et les choses que France Farago explique (v. France FARAGO, « Les mots et les choses », in *Le langage*, Armand Colin, Cursus, 2004, pp. 91-93), on le retrouve entre le langage et la réalité. L'écart entre l'unité du mot et la multitude des objets qu'il représente est inévitable, inhérente au décalage entre la représentation du monde et le monde. Quand l'homme nomme les choses, quand il nomme le monde, cette action donne lieu à une réduction, une perte abyssale. C'est aussi l'idée de Nietzsche selon lequel nommer c'est toujours appauvrir. Ainsi, la chose juridique, c'est la réalité juridique qui déborde largement toutes les qualifications juridiques.

⁵⁹ HÉRACLITE, *Fragments*, Flammarion, GF, 2018, 384 p.

l'une des références essentielles des discours juridiques⁶⁰, psychanalytiques⁶¹, sociologiques⁶², anthropologiques⁶³, philosophiques⁶⁴, littéraires⁶⁵, historiques⁶⁶, politiques⁶⁷, biologiques⁶⁸, etc.

⁶⁰ V. par exemple les colloques récents, comme celui organisé par l'université de Perpignan, *Identités et droit*, (dir.) Mathieu Doat et Jacobo Rios, 8 nov. 2019, publié aux éditions Mare & Martin en 2021 ; v. aussi : *L'identité numérique : Quelles définitions ? Quelles protections ?*, le 12 décembre 2019, à l'université de Toulouse-Capitole ; v. le colloque organisé par l'université de Namur *L'identité en question* du 23 au 15 janvier 2019 ; v. le cycle de six conférences *Identité, sexe et genre en matière de Droit et bioéthique*, organisé à la Cour de cassation du 24 janvier 2019 au 21 novembre 2019, par Bénédicte Boyer-Bévière, Astrid Marais et Dorothee Dibie ; v. également de très nombreux ouvrages : Géraldine AÏDAN, Émilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, éd. L'Harmattan, 2013, 418 p. ; Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit comparé*, Bruylant 2003, 1001 p. ; Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de François Terré, Paris 2, 1996, LGDJ, 2000, 520 p., etc.

⁶¹ L'association internationale et interuniversitaire « Schibboleth, Actualité de Freud » a organisé sa série entière de séminaires pour l'année 2019/2020 sur le thème « Identité(s), lien, appartenance(s) ; V. aussi les ouvrages de Joyce AÏN (dir.), *Identités*, Érès, 2009, 229 p. ; Edgardo CAROSELLA, Thomas PRADEU, Bertrand SAINT-SERNIN, Claude DEBRU, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, Science histoire et société, 2006, 192 p. ; Pierre-Henri CASTEL, *La métamorphose impensable, essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Gallimard, HS Connaissance, 2003, 560 p. ; Luis IZCOVICH, *L'Identité, Choix Ou Destin ? Essai de Psychanalyse*, Stilus, Nouages, 2019, 220 p. ; Florence PUKLAVEC, *Psychanalyse du sportif d'endurance : l'identité en marche*, L'Harmattan, 2019, 142 p. ; Johann JUNG, *Le sujet et son double : La construction transitionnelle de l'identité*, Dunod, Psychismes, 2015, 280 p. ; Clotilde LEGUIL, *Je. Une traversée des identités*, PUF, 2018, 240 p. ; René KAËS, *Différence culturelle et souffrances de l'identité*, éd. Dunod, 2012, 272 p. ; Stéphane THIBIERGE, *Clinique de l'identité : Psychoses, identité sexuelle et lien social*, PUF, 2007, 163 p. ; Eric ERIKSON, *Adolescence et crise. La quête de l'identité*, Flammarion, Champs Essais, 1994, rééd. 2011, 348 p. ; Michel de M'UZAN, *Aux confins de l'identité*, Gallimard, 2005, 176 p. ; Collectif, *Identité et transmission*, L'Esprit du temps, Adolescence, 2018, 456 p. ; Robert STOLLER et Monique NOVODORSQUI, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, Connaissance de l'inconscient, 1979, 408 p. ; Edmond MARC, *Psychologie de l'identité. Soi et le groupe*, Dunod, Psycho Sup, 2005, 264 p. ; Pierre COSLIN, Serge LEBOVICI, Hélène STORK, *Garçons et filles, hommes et femmes. Aspects pluridisciplinaires de l'identité sexuée*, PUF, le fil rouge, 1998, 202 p. ; Philippe PORRET, *L'identité*, Les lettres de la psychanalyse freudienne, 2013, 270 p. etc.

⁶² Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1999, 304 p. ; Claude DUBAR, *La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles*, Armand Colin, Collection U, 2015, 256 p. ; David LE BRETON, *Signe d'identité - Tatouages, piercing et autres marques corporelles*, Métailié, Traversées, 2002, 228 p. ; Jean-Claude KAUFMANN, *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Fayard, Pluriel, 2010, 352 p. ; Claude DUBAR, *La crise des identités*, PUF, Le lien social, 2010, 256 p. ; Geneviève VINSONNEAU, *Mondialisation et identité culturelle*, De Boeck, Le point sur ... 2015, 140 p. ; Amartya SEN, *Identité et violence*, Odile Jacob, 2015, 288 p. ; Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, 267 p. ; Didier ERIBON, *La société comme verdict Classes, identités, trajectoires*, Flammarion, Champs Essais, 2014, 254 p. ; etc.

⁶³ V. *L'identité*, Séminaires au collège de France dirigé par Claude Lévy Strauss, 1974/75, publié aux éditions Grasset, 1977 ; Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Le Pommier, le collège de la cité, 2010, 191 p. ; Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin I : La pensée de la différence*, Odile Jacob, 2012, 326 p. ; Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, Odile Jacob, 2012, 441 p. ; David LE BRETON, *Signe d'identité - Tatouages, piercing et autres marques corporelles*, Métailié, Traversées, 2002, 228 p. ; Régis MEYRAND, Valéry RASPLUS,

« Qui suis-je ? »⁶⁹, « Qui sommes-nous ? », qu'il s'agisse des registres de l'être ou de l'avoir, ces questions sont un thème majeur de la réflexion contemporaine. De très nombreux chercheurs s'efforcent de comprendre ce que recèle le mot « identité », car il ne s'agit ni d'une notion molle, signifiant un peu tout et n'importe quoi, ni d'une réalité substantielle qu'il suffirait d'observer⁷⁰, de décrire et d'enregistrer une bonne fois pour toutes ; c'est une véritable « énigme lexicale »⁷¹, qui entraîne de solides embarras conceptuels pour les différentes disciplines s'intéressant au droit.

Les pièges de l'identité culturelle, Berg international éditeurs, 2014, 125 p. ; Patrick BOUMARD, Georges LAPASSADE, *Le mythe de l'identité : Apologie de la dissociation*, Economica, Anthropologie, 2006, 168 p. etc.

⁶⁴ L'histoire du concept d'identité de la personne humaine recoupe en partie l'histoire de la philosophie du sujet. V. plus précisément : Ali BENMAKHOULOUF, *L'identité, une Fable philosophique*, PUF, 2011, 180 p. ; Edgar MORIN, *La méthode.5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, 267 p. ; Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, Gallimard, NRF essais, 2017, 282 p. ; Judith BUTLER, *Le récit de soi*, PUF, 2007, 140 p. ; Alain FINKIELKRAUT, *L'identité malheureuse*, Stock 2013, 240 p. ; Marie-Geneviève PINSART (dir.), *Narration et identité - De la philosophie à la bioéthique*, Vrin, 2009, 176 p. ; Clément ROSSET, *Loin de moi, étude sur l'identité*, éd. de Minuit, 1999, 96 p. ; Charles TAYLOR, *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Seuil, 1998, 720 p. ; V. aussi John LOCKE, *Identité et différence - L'invention de la conscience*, Seuil, Points Essais, 1998, 325 p. etc.

⁶⁵ Parmi de très nombreux exemples, v. Primo LEVY, *Si c'est un homme*, ed. Julliard, 1987, 320 p. ; Dany SALOMÉ, *Je suis né ni fille ni garçon*, éd. Eyrolles, Histoire de vie, L'intersexuation, 2011, 142 p. ; Albert CAMUS, *Le premier homme*, Gallimard, Folio, 2016, 380 p. ; etc.

⁶⁶ V. entre autres Jean-Pierre GUTTON, *Établir l'identité : l'identification des français du moyen-âge à nos jours*, Presses Universitaires de Lyon, 2010, 212 p. ; etc.

⁶⁷ Pierre-André TAGUIEFF, *De l'identité à l'identitaire : Un problème pour la pensée*, éd. Hermann, 2020, 238 p. ; Albin WAGENER, *le débat sur l'identité nationale : essai à propos d'un fantôme*, L'Harmattan, 2010, 180 p. ; etc.

⁶⁸ Thomas PRADEU, *Les limites du soi. Immunologie et identité biologique*, éd. Vrin 2010, 396 p.

⁶⁹ Et comme l'indique Vincent Descombes, « lorsque la question de l'identité est posée à la première personne, mon intention n'est pas d'apprendre quels sont mes nom, prénoms et qualité, comme si je devais passer un « contrôle d'identité », in Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, op.cit., 4^{ème} de couverture.

⁷⁰ Nathalie HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, Gallimard, le Débat, 2018, 4^{ème} de couverture.

⁷¹ Cf. Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, op. cit. L'auteur indique en quatrième de couverture que « L'identité, dans les acceptions que ce terme revêt aujourd'hui est une véritable énigme lexicale : elle désigne tout autant l'objet de contrôles sécuritaires policiers, un retour à la religion de ses parents, que, dans un guide touristique, la spécificité en voie de disparition d'un quartier. Reprenons. “ Qui suis-je ? “, “ Qui sommes-nous ? “, ce sont là ce qu'on appelle précisément des “ questions d'identité “. Nous comprenons spontanément de quoi il retourne parce que nous disposons d'un modèle : connaître l'identité de quelqu'un, c'est savoir comment il s'appelle. Toutefois, lorsque la question de l'identité est posée à la première personne, mon intention n'est pas d'apprendre quels sont mes nom, prénoms et qualité, comme si je devais passer un “ contrôle d'identité “. Que signifie le mot dès lors qu'il est utilisé avec le possessif (“ mon identité “, “ notre identité “), et qu'il ne désigne pas l'énoncé d'un état civil ? ».

Didier Eribon explique que la société « assigne des places, énonce des verdicts, qui s'emparent de nous et marquent nos vies à tout jamais. Elle installe des frontières et hiérarchise les individus et les groupes »⁷². Aussi délicate que potentiellement scabreuse, la politisation du terme d'identité a gagné l'ensemble des courants politiques : l'identité est un mot puissant, favorisant toutes les « stratégies promotionnelles du narcissisme »⁷³. Ainsi, dès lors qu'ils se veulent respectables et rassembleurs, tous se doivent de porter haut et clair un message de défense et de protection des identités comme un label incontournable sur le plan national et local. Alors que, comme le souligne Jean-François Bayard, « il n'y a pas d'identité naturelle qui s'imposerait à nous par la force des choses. (...) Il n'y a que des stratégies identitaires, rationnellement conduites par des acteurs identifiables (...) et des rêves ou des cauchemars identitaires auxquels nous adhérons parce qu'ils nous enchantent ou nous terrorisent »⁷⁴. Même les partis réticents envers ces discours s'y sont ralliés, ce qui témoigne de son puissant attrait. Sans revenir sur l'épisode discuté de la création d'un « Ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire »⁷⁵, supprimé en 2010, l'« identité », après l'idéologie de l'État de droit, est devenue une véritable « contrainte axiologique dont dépend la légitimité politique »⁷⁶. Cette banalisation du mot conduit par ailleurs à de nombreuses équivoques, car ce qu'il a gagné par sa médiatisation, il l'a perdu en

⁷² Didier ERIBON, *La société comme verdict : Classes, identités, trajectoires*, Flammarion, Champs Essais, 2014, 4^{ème} de couverture.

⁷³ Gérard NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, Émile Bruylant, 2003, p. 93.

⁷⁴ Jean-François BAYARD, *L'illusion identitaire*, Fayard, Pluriel, 2018, 320 p.

⁷⁵ Associant les termes d'« identité nationale » et d'« immigration », ce ministère créé par le décret du 18 mai 2007 sous le gouvernement Fillon a été très controversé. Le rapporteur spécial de l'ONU contre le racisme, Doudou Diène, dénonçait une « lecture ethnique et raciale des questions politiques, économiques et sociales et le traitement idéologique et politique de l'immigration comme un enjeu sécuritaire et comme une menace à l'identité nationale », dans l'article « Un expert de l'ONU fustige le ministère de l'Immigration », publié dans *Le Nouvel Observateur*, le 15 juin 2007. Entre autres mouvements de protestations, une tribune publiée dans *Libération* à l'initiative de vingt chercheurs, appelait « les habitants, les associations, les partis et les candidats aux futures élections à exiger avec nous la suppression de ce "ministère de l'Identité nationale et de l'Immigration", car il met en danger la démocratie ». Simultanément, le journal publiait un entretien avec le sociologue Michel WIEVIORKA, qui qualifiait le ministère de « catastrophe intellectuelle et politique pour l'image générale de la France ». Le 13 novembre 2010, le ministère en question fut supprimé.

⁷⁶ V. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 1994, p. 7.

cohérence du fait qu'il suscite un sentiment partagé, comme s'il recelait quelque piège⁷⁷ utilitariste dans lequel on pourrait tomber bien malgré soi.

L'identité a ceci de paradoxal qu'elle désigne ce qui est unique et différencie irréductiblement des autres, mais aussi ce qui est identique, c'est à dire semblable tout en restant distinct. L'identité oscille donc entre la différence et la similitude. Vincent Descombes⁷⁸ montre clairement le lien entre l'herméneutique du soi - qui renvoie à la question de l'identité - et la distinction entre l'*ipse* et l'*idem* au cœur de l'identité humaine, une distinction qui taraudait déjà les philosophes présocratiques quand ils s'interrogeaient sur la notion du même et de l'autre. La notion d'identité est en effet de part en part « traversée par l'opposition entre l'*ipse* et l'*idem* »⁷⁹, deux interprétations significatives, constitutives du creuset dialectique de l'identité juridique :

L'*Ipse* a le sens de « soi-même », il marque la singularité, la particularité absolument unique d'une personne semblable à elle-même et qui se distingue juridiquement de toutes les autres personnes, l'individualité (je suis moi), il pose la question de savoir « qui est la personne contractante ? », « qui est-elle par rapport à un Autre ? »⁸⁰. Dans le sens de l'*ipse*, l'identité est « un état de permanence constitué de repères fixes, sur lesquels il est possible de s'appuyer et qui donnent un sentiment d'unité et de cohésion de la personnalité »⁸¹, et cette qualité est matérialisée par l'ensemble des éléments réunis sous la forme de l'état civil pour chacun. Mais l'ipséité est également constituée d'une « mise en intrigue » de soi-même, c'est « l'identité

⁷⁷ V. Régis MEYRAND, Valéry RASPLUS, *Les pièges de l'identité culturelle*, Berg international éditeurs, 2014, 125 p. Les auteurs expliquent que l'effacement du mot « race » de la législation a déplacé le racisme du domaine du biologique à celui du culturel. C'est ainsi que l'extrême droite en appelle à la « différence culturelle » pour exclure l'Autre, et que cette idée qui a peu à peu infiltré l'échiquier politique laisse croire que l'« identité française » serait menacée.

⁷⁸ Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, Gallimard, Nrf essais, 2013, 278 p., v. aussi Jean-Arnaud MAZÈRES, « Qu'est-ce que l'identité », in Mathieu DOAT et Jacobo RIOS (dir.), *L'identité en droit*, Mare Martin, à paraître en 2021.

⁷⁹ V. Jean-Arnaud MAZÈRES, « L'UN et le comm(un) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Christian Laviolle*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2020, pp. 501-525.

⁸⁰ Selon Pierre TAP, l'identité « est ce qui me rend semblable à moi-même et différent des autres, c'est ce par quoi je me sens exister en tant que personnage social (rôles, fonctions et relations), c'est ce par quoi je me définis et me reconnais, me sens accepté et méconnu par autrui, par mes groupes ou ma culture d'appartenance », in Pierre TAP, *La société Pygmalion. Intégration sociale et la réalisation de la personne*, Dunod, 1992, 263 p.

⁸¹ Martine GALLARD, « L'identité incertaine », *Cahiers jungiens de psychanalyse*, 2010/2, p. 39.

narrative »⁸², qui peut inclure « le changement⁸³, la mutabilité, dans la cohésion d'une vie. Le sujet apparaît alors constitué à la fois comme lecteur et scripteur de sa propre vie »⁸⁴. Et l'*Idem*, ou « mêmeté » permet de rassembler les « mêmes » personnes, il introduit l'idée de ressemblance et de comparaison. L'identité permet de caractériser les personnes par ce qu'elles ont d'« identique » et de les classer. Une personne est semblable à d'autres personnes, elle s'identifie à elles de multiples façons et se constitue progressivement en sujet pensant par la dynamique de ce jeu identificatoire⁸⁵. Ce mécanisme, particulièrement actif pendant la phase œdipienne d'identification sexuelle, reste opérant tout au long de la vie, quand une personne intègre des normes, des modèles, des groupes d'appartenance⁸⁶ au travers desquels elle se reconnaît des identités multiples en lien avec les relations et les situations, et qui la conduisent à ajuster ses conduites à autrui et à jouer des rôles, avec une contradiction permanente entre la conformité et l'autonomie⁸⁷.

Cette double signification du mot identité explique en partie son succès, puisqu'il suggère à la fois une chose et son contraire, il marque ce qui nous différencie et en même temps ce qui nous rapproche. Une équivoque naturellement propice aux discours identitaires qui cherchent à rallier tout en suscitant, au plus profond de nous-mêmes, une émotion quant à ce que nous sommes en train de devenir à chaque instant.

⁸² Sur la fonction de l'identité narrative, V. Partie I, Titre I, Chapitre II : La narration comme outil d'élucidation de l'identité.

⁸³ Paul Ricoeur souligne : « en dépit du changement, nous attendons d'autrui qu'il réponde de ses actes comme étant le même qui hier a agi et aujourd'hui doit rendre des comptes et demain porter les conséquences. Mais s'agit-il de la même identité ? Ne faut-il pas, prenant pour modèle la promesse, base de tous les contrats, de tous les pactes, de toutes les ententes, parler d'un maintien de soi malgré le changement – maintien au sens de la parole tenue ? », in Paul RICOEUR, « Autonomie et Vulnérabilité », in *Le juste 2*, Esprit, Philosophie, 2001, p. 92.

⁸⁴ Paul RICOEUR, *Temps et récit, t. III. Le Temps raconté*, éd. Seuil, Points, Essais, 1985, 533 p.

⁸⁵ Bernard Golse précise que « L'identité est le fruit de nos diverses identifications successives et de toute la dynamique du jeu identificatoire qui nous constitue progressivement en tant que sujet pensant et parlant », *op. cit.*, pp. 7 à 10.

⁸⁶ Cf. Michel MAFFESOLI, « De l'identité aux identifications », in *L'individu hypermoderne*, Érès, 2006, pp. 145-156. V. Partie II, Titre I, Chapitre II : La personne comme multiple.

⁸⁷ Jean Clavreul, psychiatre et psychanalyste, était convaincu que « toute institution ou que tout groupe constitué revient inmanquablement à répéter les processus d'identification par lesquels chacun de ses membres sacrifie sa propre subjectivité au profit du dogme unificateur, dont le chef devient la figure aliénante : « ce dont il est question, c'est de la jouissance à obéir, il est bien étrange que ni Marx, ni Freud, ni Lacan n'aient repris l'essai d'Étienne de la Boétie sur la " servitude volontaire " », in Jean CLAVREUL, *L'Homme qui marche sous la pluie : Un psychanalyste avec Lacan*, Odile Jacob, Psychologies, 2007, p. 10.

Cette ambivalence se retrouve en droit avec l'idée d'être soi-même et d'être aussi « comme les autres ». L'identité est ce qui permet de nous identifier, comme personne unique, c'est « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre »⁸⁸ - grâce aux différentes données recueillies par l'état civil mais aussi à travers les multiples « identifiants » qui nous servent lors de nos démarches administratives⁸⁹ - et elle est également ce qui nous réunit au sein de la Nation. L'identité nationale devient un vecteur d'intégration, il faut imiter l'autre et devenir comme lui. On déclare notre identité. Et en même temps on la revendique. L'identité juridique de chacun se construit à la fois sur des éléments objectifs et subjectifs. À côté des numéros de carte d'identité et de sécurité sociale, qui nous déshumanisent⁹⁰, apparaissent des éléments subjectifs pris en compte par le droit : nom, prénom, date de naissance, patrimoine génétique, volonté, sentiment d'identité et d'appartenance. Comme le montre parfaitement Vincent Descombes, « le nouvel emploi du mot *identité* met en scène l'individu dans le sentiment qu'il a de lui-même, sentiment qui est celui de l'amour propre et qui embrasse toutes les appréciations possibles de soi : fierté, estime de soi, confiance en soi, et donc aussi humiliation, dépression, sentiment de son insignifiance ou de son indignité »⁹¹.

Cette tension irréductible explique en partie la fortune de ce mot. Un succès qui résulte principalement des questions sous-jacentes qu'il suggère.

B. Les paradoxes de « la chose »

Être soi-même a quelque chose de paradoxal. C'est une histoire. L'histoire d'une existence, d'une réalité propre, corporelle et psychique, mais aussi le récit d'un « fantôme vivant » qui

⁸⁸ V. « Identité », in Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, 2014, p. 515.

⁸⁹ Sur ce processus, v. la thèse d'Étienne DUBUISSON, *La numérotation des personnes physiques*, thèse non publiée, Université Paris II, 1992, 388 p. En revanche il est également vrai que l'intégration des patients dans un système de remboursement des soins qui lui sont prodigués implique une forme de reconnaissance de sa singularité, v. Hervé CHNEIWEISS, « L'identité en médecine : dispositifs techniques, gageures éthiques », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, p. 70.

⁹⁰ V. François TERRÉ et Dominique FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, p. 200.

⁹¹ Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité, op. cit.*, p. 61.

hante mon corps⁹², un tissu complexe d'émotions, de sentiments, de sensations, de pensées, d'idées, de croyances, de dogmes assimilés. Les questions touchant à l'identité concernent tous les individus, elles s'imposent au droit et à la psychanalyse dans nos sociétés individualistes où chacun est « en quête de soi ».

Sur le terrain du droit, il est naturellement essentiel de savoir *qui agit juridiquement*⁹³. L'identité a été mise en place d'abord pour organiser les relations juridiques dans un système libéral construit à partir du sujet de droit et il est normal qu'on la retrouve dans toutes les branches du droit, depuis l'évènement de la naissance quand l'article 57 du Code civil⁹⁴ décrit minutieusement le procédé d'enregistrement par l'État d'une personne humaine qui voit le jour, jusqu'à sa mort, actée tout aussi précisément suivant les indications fournies par les articles 78 et 79 du Code civil⁹⁵. Même l'enfant né sans vie peut être enregistré à l'état civil sans aucun

⁹² André Breton, *Nadja*, (1964), Gallimard, Folio, 2005, p.9.

⁹³ V. « Identité », in Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 515.

⁹⁴ L'art. 57 C. civ. énonce que : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet. Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère. La femme qui a demandé le secret de son identité lors de l'accouchement peut faire connaître les prénoms qu'elle souhaite voir attribuer à l'enfant. A défaut ou lorsque les parents de celui-ci ne sont pas connus, l'officier de l'état civil choisit trois prénoms dont le dernier tient lieu de nom de famille à l'enfant. L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant ».

⁹⁵ Art. 78 C. civ. : « L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil de la commune où le décès a eu lieu, sur la déclaration d'un parent du défunt ou sur celle d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible. Pour s'assurer de l'exactitude des informations déclarées, l'officier de l'état civil peut demander la vérification des données à caractère personnel du défunt auprès du dépositaire de l'acte de naissance ou, à défaut d'acte de naissance détenu en France, de l'acte de mariage ». Art. 79 C. civ. : « L'acte de décès énoncera : 1° Le jour, l'heure et le lieu de 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 ; 4° bis Les prénoms et nom de l'autre partenaire, si la personne décédée était liée par un pacte civil de solidarité ; 5° Les prénoms, nom, âge, profession et domicile du déclarant et, s'il y a lieu, son degré de parenté avec la personne décédée.

critère de développement⁹⁶. Tout au long de l'existence, il faut justifier de son identité, avant de se marier⁹⁷, de s'inscrire dans une institution, de travailler ou lorsque l'on doit répondre de ses actes. Toute démarche administrative, toute demande de soin, d'allocations, énormément de situations contractuelles, requièrent la présentation de documents d'identité. Il est très difficile d'exister « sans papier », ce que confirme objectivement et clairement le juge quand il estime « qu'un intérêt public s'attache à ce que tout individu vivant en France, même étranger, ait un état civil »⁹⁸, et subjectivement quand il s'érige en protecteur de l'identité, relevant que « l'impossibilité d'établir un état civil place (la personne) dans une situation administrative inextricable et la prive des droits attachés à la personne humaine, tels que la liberté d'aller et venir (tout contrôle d'identité conduisant systématiquement à son arrestation, faute de pouvoir justifier de son identité), le droit de travailler, d'avoir un logement, de fonder une famille »⁹⁹. L'état civil est donc à la fois un instrument de police civile d'identification des personnes au sein de la société, au service de l'État, et une sorte de pierre angulaire aux multiples incidences qui permet de construire sa vie administrative, d'être identifié dans un contexte notarial, judiciaire civil ou pénal, etc., c'est « quelque chose non pas comme simplement le fait de vous

Le tout, autant qu'on pourra le savoir. Il sera fait mention du décès en marge de l'acte de naissance de la personne décédée ».

⁹⁶ Depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits des enfants, l'art. 79-1 al. 2 du Code civil qui permet d'établir un acte d'enfant sans vie, précise que « cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal judiciaire à l'effet de statuer sur la question ». Par ailleurs la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, lors de trois arrêts rendus le 6 février 2008 (n° 06-16.498, n° 06-16.499, et n° 06-16.500) a insisté sur le fait que « l'établissement d'un acte d'enfant sans vie n'est subordonné ni au poids du fœtus, ni à la durée de la grossesse », elle a cassé les arrêts ayant retenu des critères mentionnés par l'OMS, mais non prévus par la loi qui ne prévoit aucun seuil de développement.

⁹⁷ L'art. 63 al. 1^{er} C. civ. indique que : « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune. Cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré. La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée : 1° À la remise, pour chacun des futurs époux, des indications ou pièces suivantes : - les pièces exigées par les articles 70 ou 71 ; - la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique ; - l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère ; - le cas échéant, la justification de l'information de la personne chargée de la mesure de protection prévue à l'article 460 ».

⁹⁸ Cour d'Appel de Paris, 24 février 1977, *Defrénois*, 1978, art. 31-590, p. 49. ; D. 1978, Juris. p. 168, note Massip, affaire citée par Xavier BIOY dans son article « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2006/1, n° 65, p. 95.

⁹⁹ TGI Lille, 28 septembre 1995, *LPA*, 8 août 1997, note Massip ; D. 1997, p. 2, note Labbé.

identifier sociologiquement (...), c'est quelque chose qui va avoir des incidences beaucoup plus complexes »¹⁰⁰.

Mais ce processus de constat, d'enregistrement, d'authentification, d'homologation et d'archivage n'est pas neutre. L'histoire française de la carte d'identité montre bien comment l'État a organisé et mis en place un système de contrôle de sa population en instaurant un dispositif qui décerne une place à chacun. Depuis 2021, nous pouvons devenir détenteurs d'une carte d'identité numérique, conforme à la législation européenne, avec une dématérialisation de nos données personnelles, y compris le scan de notre visage, ce qui permet notre authentification sur tous les services publics, et la traçabilité des opérations accomplies avec cette carte. Ainsi, « la trace est impérative, et ne sert pas seulement à enregistrer »¹⁰¹. Nous sommes situés dans le temps grâce à notre date de naissance, dans l'espace par notre domicile, dans notre corps et notre psychisme du fait de l'inscription de notre sexe, et nos actes laissent, pour la plupart, des traces de notre vie active, de tout ce que nous sommes, sous des myriades de formes d'archives différentes. Cependant notre âge et notre apparence fluctuent et nous transforment perpétuellement, la trace de notre territorialisation pose de réels problèmes¹⁰², et notre assignation sexuelle binaire, dument enregistrée par les services de l'État, nous classe par catégories, nous positionne d'emblée dans l'existence, avant même que nous puissions en avoir la moindre conscience, sans tenir compte - et ce n'est pas un détail - de centaines de milliers de personnes dites intersexes, dont l'identité sexuelle est actuellement encore reléguée dans les limbes juridiques par un bricolage législatif spécieux¹⁰³.

¹⁰⁰ Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport final, Mission de recherche Droit & Justice, mai 2018, p. 201.

¹⁰¹ V. Claudine DARDY, « L'identité papier », *Les cahiers de Médiologie*, 1997, p. 225 ; v. plus largement l'ouvrage de Pierre PIAZZA, *L'histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, Histoire et document, 2004, 462 p.

¹⁰² Être sans domicile est source de multiples difficultés au quotidien, notamment vis à vis de l'administration, et en même temps avoir un domicile permet à l'État d'y effectuer des contrôles de police et d'administration.

¹⁰³ Liant toujours la reproduction et le sexe, le droit français occulte partiellement le caractère construit du sexe, mais ne reconnaît pas la diversité des organes sexués qui vont bien au-delà de la binarité et qu'il considère encore comme un problème médical. Pour des définitions des caractéristiques intersexuelles, v. le site du Collectif intersexe et allié.e.s : <https://ciaintersexes.wordpress.com/2017/09/04/10-choses-a-savoir-sur-lintersexuation/> ou encore la Notice d'information Intersexe publiée par le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies: https://unfe.org/system/unfe-67UNFEIntersexFinal_FRENCH.pdf ; v. notre dernier chapitre.

Cette règle d'ordre public qui nous oblige à être titulaires d'une identité juridique enregistrée à l'état civil, nous offre aussi une protection contre toute personne qui tenterait de s'emparer de notre identité¹⁰⁴ et contre toutes sortes de discriminations identitaires¹⁰⁵, tout en nous préservant de la puissance de l'État dans son souci de connaissance et d'emprise sur les dizaines de millions de sujets de droit qui peuplent son territoire, car on sait combien « les régimes totalitaires se présentent comme négateurs des identités personnelles, de la spécificité de

¹⁰⁴ Le coût économique pour l'État de la criminalité identitaire est en pleine progression. Il a été estimé à 20 milliards d'euros, en 2010. L'art. 226-4-1 C. pén. prévoit un dispositif juridique rigoureux pour lutter contre l'usurpation d'identité : « Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ». Cet article comprend l'usurpation d'identité numérique, depuis la loi du 14 mars 2011 (Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, ou LOPPSI comprend un chapitre consacré à la lutte contre la cybercriminalité, et a créé l'infraction spécifique d'usurpation d'identité numérique). L'art. 441-8 al. 1 C. pén. indique que « Le fait d'utiliser un document d'identité ou de voyage, un titre de séjour ou tout document provisoire mentionné à l'article L. 311-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile appartenant à un tiers, avec ou sans son consentement, aux fins d'entrer, de circuler ou de se maintenir sur le territoire français ou d'obtenir indûment un titre, une qualité, un statut ou un avantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». V. également l'article de Christine Gavalda-Moulenat, « La protection de l'identité de la personne par le droit pénal », in Mathieu Doat et Jacobo Rios, (dir.), *Identités et droit*, colloque organisé à l'université de Perpignan le 8 nov. 2019, publié aux éditions Mare & Martin en 2021.

¹⁰⁵ Art. 225-1 al. 1 C. pén. : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

chacun »¹⁰⁶ : l'article 16-11 du Code civil¹⁰⁷ et l'article 226-27 du Code pénal¹⁰⁸ limitent l'identification d'une personne par ses empreintes juridiques à des situations déterminées ; les contrôles d'identités par la police judiciaire et par la police administrative sont restreints par le droit pénal à des situations circonscrites par la loi¹⁰⁹ ; l'article 8 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant¹¹⁰ dispose que « les États s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité »¹¹¹, l'article 1 de la Convention d'Oviedo¹¹² protège « l'être humain

¹⁰⁶ Xavier BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *op.cit.*, p. 74.

¹⁰⁷ Art. 16-11 C. civ. : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées ; 4° Dans les conditions prévues à l'article L. 2381-1 du code de la défense. En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'identification, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'identification. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

¹⁰⁸ Art. 226-27 C. pén : « Le fait de procéder, sans avoir recueilli le consentement de la personne dans les conditions prévues par l'article 16-11 du code civil, à son identification par ses empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique ou au prélèvement de ses traces biologiques à titre d'ascendant, descendant ou collatéral aux fins de l'établissement, par ses empreintes génétiques, de l'identité d'une personne mentionnée au 3° du même article, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

¹⁰⁹ L'article 78-1 CPP indique que toute personne se trouvant sur le territoire national doit accepter de se soumettre à un contrôle d'identité effectué par les autorités de police dans certaines conditions inscrites aux articles 78-2 à 78-7 CPP.

¹¹⁰ La Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989. Elle introduit le concept d'« intérêt supérieur de l'enfant » afin de reconnaître et de protéger les droits des enfants « consacrés » comme sujet de droits ; cette consécration pouvant être vue comme un « élargissement » du concept des droits de l'homme tels qu'ils furent proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre 1948.

¹¹¹ Art. 8 CIDE : « 1. Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son *identité*, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. 2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ».

¹¹² Plus explicitement, la « Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine », signée en 1997 sous l'égide du Conseil de l'Europe. L'art. 1 de la Convention d'Oviedo intitulé « Objet et finalité indique que « les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son *identité* et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine ».

dans son identité », tout comme la Déclaration universelle sur le génome¹¹³ humain et les droits de l'homme¹¹⁴ et la Déclaration Internationale sur les données génétiques humaines¹¹⁵.

Aujourd'hui, la protection de nos identités s'inscrit dans un contexte qui va s'élargissant. Le développement des nouvelles technologies¹¹⁶ permet la multiplication de fichiers qui contiennent de plus en plus de données personnelles, et notre identité devient un enjeu de liberté direct face à l'État mais aussi vis-à-vis des grandes entreprises qui nous repèrent et qui nous hackent¹¹⁷. Les codes-barres, les codes chiffrés, les cartes à puces de toutes sortes, nos téléphones, notre navigation internet n'en finissent pas de nous dévoiler et de dire notre identité à notre insu¹¹⁸. À ce mouvement de déshumanisation de nos identités, s'en oppose un autre tout aussi inquiétant qui vise à leur sécurisation, du fait de la mondialisation de la fraude à l'identité qui pose des difficultés nouvelles : des technologies de pointe, complètement inédites, sont conçues et développées, sans cesse répandues et perfectionnées ; la biométrie ou « mesure du

¹¹³ Le génome (qui est la combinaison des mots gènes et chromosomes) est une caractéristique de l'être humain, dont le support est l'ADN. Il correspond à l'ensemble de l'information génétique de l'organisme de chacun, contenu dans chacune de ses cellules. La croyance est que notre ADN est totalement unique et personnel (d'où le slogan commercial « c'est notre ADN qui est symbolique d'une certaine authenticité, une référence à ce qui fonde notre identité profonde, intime, inaltérable), or si notre séquence ADN permet effectivement de nous distinguer parmi d'autres personnes, une partie de notre génétique ne nous est pas exclusive : un certain nombre d'affaires criminelles anciennes ont été récemment résolue par l'étude des similitudes entre les séquences ADN recueillies du des scènes de crime et celles de leurs familles inscrites dans de grandes bases de données (cf. Laurent BORREDON, « Le "tueur du Golden State" identifié grâce à l'ADN familial », *Le Monde*, 6 août 2019). Nous partageons donc les séquences de nos gènes avec nos proches, depuis la famille au groupe ethnique.

¹¹⁴ Adoptée lors de la 29^{ème} Conférence générale de l'UNESCO, le 11 novembre 1997, et l'année suivante par l'ONU.

¹¹⁵ Adoptée lors de la 32^{ème} Conférence générale de l'UNESCO le 16 octobre 2003. Son article 3 précise que « chaque individu a une constitution génétique caractéristique. Toutefois, l'identité d'une personne ne saurait se réduire à des caractéristiques génétiques, puisqu'elle se constitue par le jeu de facteurs éducatifs, environnementaux et personnels complexes, ainsi que de relations affectives, sociales, spirituelles et culturelles avec autrui, et qu'elle implique un élément de liberté ».

¹¹⁶ Les éléments qui permettent d'identifier un individu ne cessent de se multiplier du fait des progrès technologiques : notre identité numérique émerge à travers les réseaux sociaux, les avatars de jeux vidéo, les traces de navigation internet qui retracent des pans de nos vies. Cf. Jessica EYNARD (dir.), *L'identité numérique : Quelles définitions ? Pour quelles protections ?*, op.cit. .

¹¹⁷ V. le rapport du Sénat de Jean-René LECERF, *Identité intelligente et respect des libertés*, 29 juin 2005. Énormément d'entreprises entraînent leurs réseaux de neurones artificiels sur des milliards de photos de visages stockés sur internet, via Google, Facebook, Instagram, Flickr, etc. Les algorithmes détectent les émotions humaines en analysant les traits faciaux, pour mieux connaître les comportements de chacun dans les magasins, dans la rue, etc.

¹¹⁸ V. Michaël BARDIN, « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *Hermès*, 2018, n°80, pp. 283-291.

vivant », nous authentifie efficacement grâce à nos caractéristiques morphologiques et biologiques, et permet de nous pister au quotidien. Empreintes et signature digitales, traits du visage, reconnaissance vocale et faciale basées sur l'intelligence artificielle, démarche, et même émotion détectée par des algorithmes bien entraînés, remplacent petit à petit nos noms et prénoms. Nous sommes reconnus, identifiés, suivis, jaugés, mesurés, enregistrés dans bien des circonstances de notre vie par des outils de plus en plus sophistiqués¹¹⁹. Et dans ce monde à la technicisation exponentielle, où tout est « en réseau », se pose aussi la question d'une possible modification structurelle du psychisme humain, dont le fonctionnement met en jeu de nouveaux processus. Pour Jacques Derrida, « c'est à une transformation de la société elle-même que nous avons affaire (...). À partir du moment où une réalité prend corps, où elle existe, la psychanalyse, comme toute autre discipline d'ailleurs, doit la penser, l'interpréter et la prendre en compte »

120.

Mais surtout une évolution encore plus profonde est en train de se produire. L'identité se faisant plus subjective, elle devient aussi le produit de notre volonté et de notre désir. Et cette mouvance intrinsèque à l'identité humaine menace le socle de notre système juridique. Nous pouvons changer de nom, de prénom, ou de sexe et même partiellement de corps. La question de la « propriété » de soi est posée. Notre filiation déjà complexe se complexifie encore¹²¹, la

¹¹⁹ Cette conjoncture ramène au dernier roman d'Alain DAMASIO, *Les furtifs*, La Volte, 2019, 688 p. V. aussi le très intéressant reportage *Tous surveillés, 7 milliards de suspects*, de Sylvain LOUVET et Ludovic GAILLARD, diffusé sur Arte le 5 décembre 2010, et qui a obtenu le prix Albert-Londres pour l'audiovisuel 2020. Une voix off annonce d'emblée : « Il aura fallu cinquante ans pour que l'intelligence artificielle donne aux autorités un pouvoir jamais égalé : celui de tout voir, tout entendre, partout, tout le temps ». Au sujet de ce reportage, Olivier Tesquet écrit : « En 2020, au nom d'une sécurité érigée — à tort — en première des libertés, les États veulent tous se doter d'outils dernier cri pour détecter les émotions, prédire les crimes ou transformer nos visages en fonctions mathématiques. (...) Face caméra, le sociologue Laurent Mucchielli a beau s'inquiéter de l'émergence d'un « modèle de société paranoïaque » qui anéantit le lien social, les chiffres parlent d'eux-mêmes : aujourd'hui, ce marché de la peur pèse 40 milliards de dollars.

¹²⁰ Et Jacques Derrida continue : (...) et non pas la condamner, car cela reviendrait à l'exclure ou à la dénier, et donc à transformer une discipline en code de déontologie et à faire des praticiens des censeurs ou des procureurs », in Jacques DERRIDA et Élisabeth ROUDINESCO, *De quoi demain ... Dialogue*, Flammarion, Champs, 2003, 320 p.

¹²¹ Pas seulement du fait de la technoscience qui a permis de mettre au point les procédés de PMA et de GPA, puisque la filiation au sens juridique a toujours été plutôt un construit, peut-être pour la défense de la « famille-modèle ». Par exemple, la présomption de paternité dans le mariage a conduit à ce que d'innombrables enfants issus de liaisons extra-conjugales voient leur filiation établie sans autre considération, puisque leur père légitime n'est pas leur géniteur et que des patrimoines génétiques de « père en fils » peuvent n'avoir absolument rien de commun. De même les naissances sans aucune filiation quand l'enfant naît sous X de père inconnu. Tout aussi juridiquement complexe, le

transmission identitaire se brouille, il n'y a plus de « famille-modèle ». Et comme l'identité évolue dans le temps et dans l'espace, comme elle n'est pas un fait intangible¹²², mais une représentation mentale évolutive, nous pouvons penser, ou donner à penser, que nous ne sommes plus la même personne que celle que nous étions des années auparavant. Simone accidentée, atteinte d'une lésion cérébrale grave et irréversible soulève la question de savoir si « la même personne » émergera après si son corps survit. Alix antiquaire riche, belle et heureuse est-elle encore Alix SDF, droguée, psychotique, inscrite au fichier automatisé des auteurs de certaines infractions sexuelles ? Pierre à quatre ans est-il encore Olivia qui a changé de sexe, de prénom, de nom et de nationalité et vit en Amazonie à cinquante ans ? Dans le roman de Jeffrey Eugenides, *Middlesex*, la petite fille du début devient homme après la puberté¹²³. L'identité n'est pas fixe, elle ne cesse d'évoluer tout au long de l'existence, or nous attendons aussi de chacun qu'il manifeste une certaine constance dans l'expression de ce qu'il est, et une trop grande variabilité peut être qualifiée de pathologique¹²⁴.

L'identité se déterritorialise aussi. Énormément de personnes changent régulièrement de domicile, ou vivent entre plusieurs résidences¹²⁵, plusieurs régions, plusieurs pays, d'autres ne sont même pas domiciliées¹²⁶. Tout cela rend l'identité par le lieu de vie plus complexe que naguère. S'identifier en fonction d'une « terre » synonyme « d'enracinement » perd peu à peu

transsexualisme, qui ne rime pas forcément avec stérilité ainsi que le décrit l'ouvrage de Laurence Héroult qui propose de réfléchir à l'expérience transgenre de la parenté de façon pluridisciplinaire, in Laurence HERAULT (dir.), *La parenté transgenre*, Presses universitaires de Provence, Penser le genre, 2014, p. 7. Et plus complexe encore l'intersexualisme, car on peut estimer que si la reconnaissance juridique qui serait celle d'un « troisième sexe », ou d'un sexe ni masculin ni féminin, aboutissait, la reconnaissance de la filiation d'enfant nés de personnes intersexuelles, serait véritablement novatrice pour la science du droit, le terme de « parent » prenant alors un autre sens que celui de père ou de mère.

¹²² Catherine Halpern en donne pour exemple le cas fictif mais très révélateur de l'objet du film d'Aki Kaurismäki, *L'homme sans passé* (2001) : « un homme subit une violente agression qui lui fait perdre la mémoire de tout ce qui le concernait : son nom, son histoire, ses amis, son métier, etc. Le film nous montre comment cet homme va entamer une nouvelle vie, acquérir de nouveaux amis, avoir de nouvelles occupations, de nouvelles habitudes, etc., autant de traits dont le film suggère qu'ils sont radicalement autres que ceux qui caractérisaient la personne avant l'agression », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, p. 20.

¹²³ Jeffrey EUGENIDES, *Middlesex*, Seuil, Points, 2004, 656 p.

¹²⁴ Inconsistance, fragilité identitaire, personnalités multiples, etc.

¹²⁵ Sur cette évolution, v. Arlette MARTIN-CERF, « Du domicile à la résidence » *RTD civ*, 1978, p. 535 et s.

¹²⁶ Sur cette question de l'identité des SDF, v. la thèse d'Anne-Sophie RANAIVO, *Sans domicile fixe et droit*, LGDJ, Thèse, Bibliothèque de droit public, 2020, 546 p. Cette thèse a reçu le prix 2019 du défenseur des droits.

de son sens, et la personne humaine, sujet de droit pris dans ce mouvement, ne maîtrise plus tout ce à quoi elle peut s'apparenter, ses origines se floutent. L'identité individuelle qui était arrimée à des éléments objectifs collectifs tels que la langue, l'histoire, le patrimoine, les coutumes, les institutions, se perd dans une superposition encombrante de jalons et d'empreintes.

Cette crise de l'identité de la personne ne se constate pas seulement sur le terrain juridique. Le « *Je* » n'est pas une évidence dans nos sociétés en perpétuelle transformation, jalonnées de modèles imposés, et si l'identité est au cœur de la compréhension des mutations sociales, ces mutations influencent aussi considérablement le processus de construction identitaire. Les questions qui touchent à l'identité fleurissent aussi sur le terrain de la psychanalyse qui s'efforce de répondre au désarroi des patients, des « analysants ». Les personnes qui se portent bien ne se demandent pas nécessairement qui elles sont. Mais celles qui s'interrogent sur leur existence au point d'en éprouver trop de souffrance, trouvent refuge sur le divan¹²⁷. La quête de soi est devenue un enjeu majeur du 21^{ème} siècle et la santé ne se définit plus comme le « silence des organes »¹²⁸. La psychanalyse révèle que pour devenir soi, il est indispensable de connaître l'échange, d'expérimenter une relation affective satisfaisante, de désirer¹²⁹ devenir « comme l'autre » que l'on aime, et d'en être aimé en retour¹³⁰. La conscience de soi repose donc sur ce paradoxe : il nous faut passer par le regard d'un autre pour y accéder¹³¹. Selon Sigmund Freud, l'identification première s'exerce même « de deux façons différentes, dans la relation œdipienne chez un garçon : l'identification à ce qu'il voudrait être, c'est-à-dire le père, ou

¹²⁷ Jean-Pierre Winter explique que Sigmund Freud a inventé le dispositif divan-fauteuil qui libère les protagonistes de l'image et permet un vrai investissement dans l'échange de paroles, même asymétrique, « dans notre société où le vu écrase quasiment totalement l'entendu, de sorte que les cabinets d'analystes sont peut-être les derniers espaces où la parole et l'écoute trouvent refuge », in Jean-Pierre WINTER, *Choisir la psychanalyse, paroles de praticien*, EdLM, Seuil, Points, 2001, p. 26.

¹²⁸ Élisabeth ROUDINESCO, *Histoire de la psychanalyse en France - Jacques Lacan, Esquisse d'une vie*, Fayard, La Pochothèque, p. 2019.

¹²⁹ Vincent de Gaulejac explique que « le petit homme est d'emblée assujéti au désir de l'autre, de ses parents, et aux normes du système social dans lequel il vit. Double dépendance, psychique et sociale, qui opère par l'influence de multiples déterminations », in Vincent de GAULEJAC, « Vouloir être sujet », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, p. 81.

¹³⁰ Martine GALLARD, « L'identité incertaine », *Cahiers Jungiens de la psychanalyse*, 2010, p. 40.

¹³¹ Ainsi que l'indique Daniel Marcelli, pédopsychiatre et professeur de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, cité par Joyce AÏN (dir.), *Identités*, Érès, 2009, 229 p.

l'identification à ce qu'il voudrait avoir libidinalement, la mère »¹³². Vient ensuite progressivement une décentration par rapport à l'entourage immédiat, un élargissement des modèles, une longue intériorisation de références.

L'analysant, en même temps qu'il décline son identité lors de sa première rencontre chez un psychanalyste, demande (à l'autre) qui il est lui-même¹³³. La question de l'identité est au cœur de la pratique psychanalytique qui accompagne des personnes en recherche de qui elles sont, angoissées, égarées dans des fantasmes identitaires. L'identité est toujours au centre des travaux les plus récents qui ne cessent de s'y intéresser, et d'interroger ce mot-clé, car les modèles construits au 20^{ème} siècle par Sigmund Freud, Carl Gustav Jung, Jacques Lacan ou Donald Winnicott peuvent sembler dépassés pour penser les profondes transformations de la filiation et des processus de transmission, l'infinie diversité sociale et toutes les formes d'identités sexuelles. Les nouvelles constructions personnelles et familiales s'éloignent du schéma œdipien qui peine à demeurer un modèle universel comme explication du fonctionnement du psychisme humain.

L'identité de la personne humaine a donc quitté l'égide protectrice du champ juridique, elle déborde le droit¹³⁴, elle n'est plus seulement une affaire d'État, de Constitution, de normes, de formes juridiques, d'enregistrement de données tangibles, et ce glissement n'est pas sans conséquence sur notre manière de connaître et de comprendre cet objet très particulier, pris au croisement de discours aux statuts différents. Le savoir juridique ne peut plus appréhender l'identité comme un concept juridique « pur », c'est pourquoi un travail interdisciplinaire nous semble indispensable.

¹³² Sigmund FREUD, « L'identification », in *Essais de Psychanalyse*, Payot, Petite bibliothèque Payot, 2004, p. 167.

¹³³ Jean-Pierre Winter explique que dans une psychanalyse, ce sont avant tout les mots de l'analysant qui guérissent, ceux qui par le relatif silence de l'analyste, et parfois grâce à ses interprétations, lui font retour. L'analysant reçoit son propre message, par le détour de l'entendu de l'autre, il lui revient de façon inversée, in Jean-Pierre WINTER, *Choisir la psychanalyse, paroles de praticien*, EdLM, Seuil, Points, 2001, p. 27.

¹³⁴ Le droit qui a cependant tendance à ancillariser les autres disciplines afin d'en contrôler l'effet transformateur.

II. L'intérêt du croisement disciplinaire

« Questionner fait voler en éclat la mise en boîte des sciences dans des disciplines séparées »¹³⁵.

Martin Heidegger

« L'intérêt que porte un chercheur à un sujet d'étude procède toujours d'une intuition qu'il y aura quelque chose à dire »¹³⁶. C'est souvent un pari avec soi-même qui part d'un sentiment, d'un émoi, d'un frémissement, d'une excitation, d'une attirance. C'est un « bond imaginatif »¹³⁷ qui conduit sur un chemin chaotique, puis une certaine manière de poser son regard sur un objet¹³⁸. Curiosité ou goût de la transgression, les premiers motifs qui conduisent à choisir l'étude pluridisciplinaire ne sont pas toujours rationnels. Le travail d'investigation a confirmé notre pressentiment : l'identité juridique d'une personne ne peut être comprise en se servant uniquement de concepts juridiques, les limites du savoir juridique rendent engageant, et surtout nécessaire, le concours d'un éclairage différent (A). Nous précisons notre choix de la psychanalyse et la manière dont nous ferons dialoguer ces deux formes de savoir (B).

A. Les limites du savoir juridique

Le droit civil, depuis le début du 19^{ème} siècle, a imaginé des concepts pour traduire et rendre intelligible le statut des personnes humaines au sein du corps social. Ce savoir juridique s'est construit graduellement, grâce un long travail de réflexion et une quête de spécialisation. Une solide armature, celle de la codification, étoffée et irriguée de jurisprudences et d'évolutions législatives, a permis à la discipline de prétendre à la prééminence du savoir établi sur l'identité de la personne, et la finesse des analyses doctrinales a parachevé cette hégémonie.

¹³⁵ Martin HEIDEGGER, *L'auto-affirmation de l'université allemande* (1933), TER 1987, p.12.

¹³⁶ V. Mickaël LAVAINÉ, *L'acte juridictionnel en droit administratif français, étude des discours sur la justice administrative* », Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, Droit public, 2018, p. 26.

¹³⁷ Gérard HOLTON, « L'intuition dans la recherche scientifique », *Les nouvelles d'Archimède*, n° 38, *Libres propos sur la physique*, 2005, p. 26.

¹³⁸ Le mot *intuition* signifie *vue*, non pas une vue sommaire et superficielle, mais la vue qui saisit en face et pleinement un objet. Sur la méthode intuitive et sa fonction dans le domaine des mathématiques, v. Jean LARGEAULT, *L'intuitionnisme*, PUF, Que sais-je ?, 1992, 125 p.

L'identité a en effet d'abord été une question juridique. Avant la mise en place de l'état civil, le processus d'identification des gens était assez rudimentaire : au bas moyen-âge, les simples prénoms et dates de naissances suffisaient pour être reconnu en société. À partir du 11^{ème} siècle seulement, l'usage du nom a prédominé et cet usage s'est stabilisé mais il a fallu attendre le Concile de Trente en 1542¹³⁹ pour que l'église systématise les registres paroissiaux qui répertoriaient les baptêmes, les mariages et les sépultures. Les périodes de crise, comme celles de la peste noire et de la guerre de Cent ans, et les migrations, ont conduit François Ier à édicter l'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539 pour rendre ces registres obligatoires¹⁴⁰. Le Code Louis XIV de 1667¹⁴¹ précisera encore les normes d'enregistrement des différents actes, avec l'obligation d'établir simultanément deux registres¹⁴², jusqu'à ce que la loi du 20 septembre 1792¹⁴³ laïcise l'état civil qui deviendra strictement une affaire d'État à la Révolution française¹⁴⁴ avec la montée de l'individualisme, et sera organisé alors par le Code civil de 1804 ; il ne cessera de se banaliser et de se perfectionner tout au long du 19^{ème} siècle.

Le droit civil des personnes s'est révélé être un savoir très utile à la pratique administrative, et plus particulièrement le droit civil de l'identité des personnes humaines qui s'est développé sous l'impulsion d'un double mouvement. D'une part la multiplication des personnages sur la scène du droit civil, les contractants¹⁴⁵ de tous horizons, créanciers, débiteurs, propriétaires,

¹³⁹ Sur cette histoire, v. l'ouvrage de Jean-Pierre GUTTON, *Établir l'identité : l'identification des français du moyen-âge à nos jours*, Presses Universitaires de Lyon, 2010, 212 p.

¹⁴⁰ Il s'agit d'une première intervention du pouvoir royal qui décide de légiférer dans un contexte de registres d'état civil déjà tenu dans de nombreux diocèses, notamment en Bretagne et à Paris, dès le 15^{ème} siècle. L'ordonnance de Villers-Cotterêts précise la manière dont les registres paroissiaux doivent être tenus. Vingt ans plus tard, l'église protestante a incité le premier synode national à prescrire l'enregistrement des mariages et des baptêmes avec le nom du père, de la mère et des parrains et marraines de l'enfant baptisé. En 1579, l'ordonnance de Blois complétait le Concile de Trente, rappelant l'obligation faite aux curés de porter les registres au greffe de leur juridiction.

¹⁴¹ Cette ordonnance civile sera complétée par Louis XV, avec la déclaration royale du 9 avril 1736.

¹⁴² L'un pour la paroisse, l'autre pour le greffe de la circonscription juridique. Ces registres paroissiaux sont riches en informations, ils mentionnent des observations diverses telles que l'état des récoltes, les maladies, les guerres, les inondations... et ils permettent même d'étudier le phénomène de l'alphabétisation grâce aux signatures de Français capables d'écrire leur nom.

¹⁴³ Elle chargera les maires de la tenue des registres en deux exemplaires, classés aux archives de la commune et du département.

¹⁴⁴ Cf. le Décret du 20 septembre 1792 qui précise les formules requises pour constater et acter naissances, mariages et décès.

¹⁴⁵ Jean-François RENUCCI, « L'identité du contractant », *RTD com.* 1993, p. 441 et s.

locataires, employeurs, salariés, époux, concubins, mineurs, majeurs, etc., qui a été à l'origine de la création d'une variété de catégories juridiques, celles des acteurs d'une société libérale en pleine expansion, une société ancrée sur le droit de propriété et sur le marché. D'autre part, la construction du droit des personnes humaines sous l'aile du droit civil, à l'abri de l'État autoritaire du 19^{ème} siècle, qui a permis que les contentieux relatifs à l'identité soient confiés au juge judiciaire, alors qu'ils auraient dû relever des compétences du juge administratif puisqu'il s'agissait d'actes administratifs pris par une autorité de l'État¹⁴⁶ : le juge civil a été amené à régler non seulement les questions d'état civil mais aussi les questions afférentes à la nationalité¹⁴⁷, et c'est ainsi qu'il a contribué à forger les grands principes juridiques d'identification des personnes selon des règles, à première vue dénuées de dimension politique, mais qui donnaient aux questions de l'identité une nature technique décriptable surtout par les spécialistes formés à en décoder le langage ésotérique.

L'approche civiliste et sa prétention à une certaine « autonomie » du savoir du droit privé sur l'identité des personnes humaines est aujourd'hui sérieusement contestée par différentes sciences sociales qui, avec leurs méthodes et leurs grilles d'analyse, remettent en cause les réformes juridiques et en appellent de nouvelles. Alors que la réforme du divorce en 1975, qui a dédramatisé cette procédure¹⁴⁸, était une affaire de juristes qui mettait en scène les grands maîtres du droit comme Jean Carbonnier, le savoir civiliste s'est vu fortement concurrencé à partir des années 1980 par d'autres formes de connaissances, parfois plus à même de comprendre ce qui se jouait dans la réalité sociale, notamment celle des sociologues qui

¹⁴⁶ L'attribution d'une identité est un acte administratif.

¹⁴⁷ Encore aujourd'hui, l'art. 1038 CPC (modifié par le décret n° 2019-966 du 18 septembre 2019) énonce que « Le tribunal judiciaire est seul compétent pour connaître en premier ressort des contestations sur la nationalité française ou étrangère des personnes physiques, sous réserve des dispositions figurant au code de la nationalité pour les juridictions répressives comportant un jury criminel. Les exceptions de nationalité et d'extranéité ainsi que celle d'incompétence pour en connaître sont d'ordre public. Elles peuvent être soulevées en tout état de cause et doivent être relevées d'office par le juge ».

¹⁴⁸ Jean Carbonnier alors doyen de l'Université du Panthéon-Assas, a rédigé l'avant-projet de la loi de 1975. Jusqu'alors le divorce ne pouvait être fondé que sur la faute. Ainsi, les époux entre lesquels n'existait pas de véritable contentieux étaient obligés d'inventer des preuves, un consensualisme que les magistrats reconnaissaient et qu'ils appelaient les divorces S.O.P. en références aux insultes « salope, ordure, putain » contenues dans les lettres rédigées par les parties contraintes de prouver une faute pour pouvoir divorcer. La loi de 1975 introduit le divorce par consentement mutuel.

estimaient que le droit n'avait plus rien à nous dire sur la réalité de la personne¹⁴⁹. Qu'il s'agisse de domaines aussi divers que la psychologie des individus, les rapports entre les sexes, les évolutions familiales, professionnelles, sociales, culturelles et les interactions ethniques, l'identité s'est imposée comme un « mot magique »¹⁵⁰.

Cette évolution doit beaucoup au psychologue, psychanalyste et anthropologue Erik Erikson¹⁵¹ qui a joué un rôle central en écrivant *Enfance et Société*, un ouvrage dans lequel il tente de dépasser la théorie freudienne et met l'accent sur l'importance des interactions sociales dans la construction de l'identité, qui selon lui, prend le temps de la vie entière¹⁵². En quelques décennies, le concept d'« identité » envahit littéralement l'ensemble des sciences humaines. Le sociologue Jean-Claude Kaufmann relève dans *L'Invention de soi* que « l'identité est un processus marqué historiquement, et intrinsèquement lié à la modernité. Autrefois, l'individu intégré dans la communauté traditionnelle, tout en se vivant concrètement comme un particulier, ne se posait pas de problèmes identitaires tels que nous les entendons aujourd'hui »¹⁵³. La réflexion croissante des individus quant à leur identité s'inscrit dans une logique d'ouverture, les identités ne vont plus de soi, elles ne sont ni une essence, ni un donné, elles sont protéiformes et en constante construction.

¹⁴⁹ Dans les années 80, l'identité se politise, elle devient un enjeu, et corrélativement un thème de recherche majeur. Le premier comité d'éthique est créé en 1983 (le décret n° 83-132 du 23 février 1983, porte création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et la santé) au sein duquel le droit n'a plus de place prééminente. Sur la critique du savoir juridique par les autres sciences sociales, v. les travaux de Jacques CAILLOSSE et notamment son article : « Pierre Bourdieu, Juris Lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et société*, n° 56-57, 2004, pp. 17-37. Cet article fait référence à un article de Pierre BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Droit et Société, 1991, p. 95 et s., ouvrage dans l'introduction duquel Jacques Caillosse écrit : « Entre construire de l'ordre et construire du sens, il peut y avoir des proximités insupportables, des risques de confusion ou des incompatibilités entre utilité et vérité ».

¹⁵⁰ Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, 351 p.

¹⁵¹ En 1933, il quitte Vienne où il a suivi les enseignements psychanalytiques d'Anna Freud, et travaille comme anthropologue dans des réserves indiennes du Dakota du sud et de Caroline du Nord où il étudie le « déracinement » des indiens confrontés à la modernité.

¹⁵² Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, op. cit., pp. 6-7.

¹⁵³ Jean-Claude KAUFMANN, *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Fayard, Pluriel, 2010, 352 p.

La critique du savoir civiliste comme instrument de connaissance pratique de l'identité de la personne humaine s'est doublée d'une récusation plus théorique, du fait que le débat sur l'identité a été transposé sur d'autres terrains, ceux de la sociologie, de la philosophie, de la psychanalyse, de l'éthique, autant de savoirs mobilisés pour comprendre les problématiques posées par les nombreuses évolutions scientifiques et technologiques qui touchent directement à tout ce qui fait l'individu. On observe que le facteur psychique intervient en amont de toute organisation humaine, et que les fondements juridiques de la personne humaine ne sont plus opératoires : la conception juridique du sujet de droit, inspiré du modèle kantien¹⁵⁴ constitue un cadre juridique rigide et formel qui est une gêne pour penser la personne dans sa réalité et sa complexité. Avec Friedrich Nietzsche et Sigmund Freud, la personne humaine apparaît faillible, multiple, dotée d'un psychisme en grande partie inconscient¹⁵⁵ qui le gouverne en sous-main. Cette même personne, sujet¹⁵⁶ de droit, croit maîtriser sa vie, ses choix, ses agissements, ses orientations, et peut découvrir au détour du parcours analytique qu'un désir inconscient la gouverne¹⁵⁷ et régit son existence. Elle ne veut généralement pas savoir ce qu'elle refoule, elle

¹⁵⁴ V. René SÈVE, « Kant Emmanuel (1724-1804), Doctrine du droit », in Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPÉRIN, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, pp. 303 à 312. Dans la théorie kantienne du droit, le sujet des droits de l'Homme n'est pas un axiome arbitraire, il n'est pas fondé sur l'évidence intuitive ou sur une croyance religieuse, il est établi depuis une théorie de la connaissance, avec ses limites, éclairée par une théorie morale loin de tout déterminisme. Le sujet de droit kantien, c'est le sujet rationaliste, qui détient une autonomie de la volonté et qui opère une coupure avec toute métaphysique et toute religion, il n'est que raison, il est dégagé des considérations empiriques et psychologiques. V. aussi Simone GOYARD-FABRE, *Kant et le problème du droit*, Vrin, 1975, 288 p.

¹⁵⁵ La psychanalyse prétend rendre compte de processus immatériels du psychisme humain, dont elle fait l'expérience en constatant des effets cliniques. Elle pose le problème de l'*inconscient* en tant qu'objet d'étude scientifique à part entière, in Dominique RENAULD, « Le gouffre de l'inconscient » (préf.), in Sigmund FREUD, *L'inconscient*, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2013, p. 11. Nous soulignons que la seule construction linguistique de cet objet est révélatrice de ce qu'il est caché à la perception : le préfixe latin *in* renvoie à une négation, et le verbe *conscire* signifie « avoir connaissance de ». Or l'inconscient sert en psychanalyse de principe herméneutique, en ce qu'il permet l'interprétation de ce qu'est intérieurement une personne à travers une catégorie très particulière de signes qu'elle émet.

¹⁵⁶ L'étymologie du mot « sujet » nous intéresse particulièrement, car elle ramène à *subjectus*, issu du verbe latin *subjicere*, qui signifie placer sous, soumettre (v. « sujet », in Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 998). Ou encore *subjectum* qui signifie ce qui gît, s'étend dessous, base, fondement.

¹⁵⁷ Silvia LIPPI explique que « le désir qui *décide* - le désir fait loi – et le sujet suit jusqu'au bout de sa course dans sa division (...). C'est le désir inconscient qui décide, en même temps que le sujet se décide à désirer, à partir de l'insu qui l'anime. Le sujet "s'appréhende" comme dit Lacan, à partir des manifestations de son désir inconscient - l'inconscient et ses formations - et il en assume les conséquences à travers son dire et ses actes. Il s'active, s'autorise, supporte, devient responsable de son désir (...). Cette décision n'a rien à voir avec un choix conscient, la maîtrise, la possession de soi, la

ignore ce qui constitue la part la plus intime d'elle-même, et surtout, elle n'est pas aussi libre que le présuppose le droit. Franck Chaumon écrit que « le moi dans lequel on aime à se reconnaître, est un pantin qui se prenait pour un roi. Il croyait orienter sa vie selon des choix raisonnables, et voilà qu'il découvre qu'à son insu il était gouverné par un désir qu'il avait passé son temps à ignorer voire à refuser »¹⁵⁸.

Longtemps, le droit, n'a défini le sujet de droit que par des propriétés intrinsèques, ne se préoccupant pas du substrat de la personne humaine¹⁵⁹, en contournant une multiplicité d'occurrences, faisant d'elle un être désincarné, une fiction¹⁶⁰, issue ou non d'un contexte, une forme juridique, assujettie¹⁶¹ à une fonction juridique limitée et circonscrite, tenant plus de l'allégorie que de la personne concrète, tangible. La *personne humaine* est sans doute l'un des concepts les plus complexes dans le panorama des études juridiques, un être réel, qui ne doit pas être confondu avec son image. Cerner au plus près la personne humaine telle qu'elle est, suppose une approche ontologique qui touche à ses motivations inconscientes. Un dialogue disciplinaire doit être engagé.

B. Un dialogue disciplinaire avec la psychanalyse

Le savoir juridique a longtemps été dans l'autonomie pour penser l'identité de la personne. Les questions posées sur ce qui faisait une identité nationale ou sur la manière dont on attribuait un

volonté. La décision du désir n'est pas gouvernée par le sujet de l'intentionnalité, elle n'est pas dirigée par la conscience », in Silvia LIPPI, *La décision du désir*, Érès, Point hors ligne, 2013, p. 31.

¹⁵⁸ Franck CHAUMON, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Michalon, Le bien commun, 2016, p. 94.

¹⁵⁹ Longtemps éclipsé par la personne juridique, le corps ne serait que substrat de la personne, ainsi que l'indique Jean Carbonnier, in Jean CARBONNIER, *Droit civil*, volume 1 *Les personnes*, PUF, Quadriège manuels, 2004, p. 20. Or, à la fois sujet et objet, analysé comme instrument et substance, le corps humain est central dans l'existence.

¹⁶⁰ L'être humain est un fœtus à partir de la 8^{ème} semaine après la fusion de l'ovule et du spermatozoïde, et il est possible de mettre fin à son existence jusqu'à la 14^{ème} semaine de croissance. Cette limite est révélatrice de la distinction opérée entre le fœtus de moins de 14 semaines et de plus de 14 semaines, elle traduit l'émergence d'un individu avec son identité propre. Dès la 22^{ème} semaine, s'il naît mort, ses parents peuvent, s'ils le souhaitent, faire établir un certificat d'enfant sans vie enregistré à l'état civil. Une identité lui est donc attribuée plutôt suivant des critères légaux qu'objectivement biologiques.

¹⁶¹ Selon la philosophe américaine Judith Butler, l'assujettissement « désigne à la fois le processus par lequel on devient subordonné à un pouvoir et le processus par lequel on devient sujet », citée par Vincent de GAULEJAC, « Vouloir être sujet », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, 2016, p. 81.

nom ou un sexe, dont on établissait une filiation, posaient des problèmes auxquels le législateur ou le juge pouvaient répondre sans difficulté significative. Aujourd'hui, l'abondance des recherches sur l'identité a mis en lumière un terrain miné, la cartographie de nos identités s'est complexifiée. Elles prennent en compte les fluctuations de notre psychisme, le brouillage des sexes par le genre, et quantité d'évolutions qui transforment sensiblement la société et les individus qui la composent. La connaissance sur l'identité humaine se dérobe aux juristes qui ont perdu leur apanage, d'autres disciplines s'emploient, avec leurs outils, à apporter des réponses à de multiples questions.

Le savoir juridique ne peut en effet ignorer les débats émergents au sein d'une société dont les demandes fluctuent perpétuellement, d'autant que le juge est souvent conduit à trancher des questions qui nécessitent de recourir à des savoirs connexes¹⁶². Le droit de la famille par exemple, a connu depuis plus d'une trentaine d'années, des bouleversements considérables, et a puisé des analyses et des grilles d'explication dans la sociologie. En tant que savoir, il a « jeté des ponts » pour créer du lien là où l'on pouvait croire qu'il y avait un abîme. Jean Carbonnier a été l'un des artisans de l'interdisciplinarité, en affirmant que « le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »¹⁶³. Si opposer le dédale à la ligne droite n'est pas la plus heureuse des métaphores, il convient sans aucun doute de sortir de l'analyse formelle, et d'appréhender le droit, à la suite du grand juriste allemand, Friedrich Carl von Savigny, comme « un être incréé, inachevé, qui se développe sous la pousse de sa propre vie »¹⁶⁴.

¹⁶² Par exemple, Christopher Pollmann et Hugues Rabault indiquent que « le juriste ne peut se prévaloir d'une connaissance exhaustive des différents domaines de la psychologie, et cela le rendra sans doute plus hésitant au moment d'analyser d'une façon originale son domaine de savoir. Pourtant, il lui faut admettre, face aux grands textes de la psychanalyse, qu'il y a là une révolution dans l'ordre de la pensée. De surcroît il est appelé à réaliser, à la lecture des œuvres de Freud ou de Jung par exemple, qu'il a affaire à des monuments tout à la fois pour le domaine de la psychologie, mais aussi aux plans philosophique et littéraire, susceptibles de dispenser des clefs de lecture en ce qui concerne son travail quotidien », in Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et Société*, Éditions juridiques associées, 2002/1, n° 50, p. 122.

¹⁶³ Jean Carbonnier, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du Droit, 10^{ème} édition, 2014, p. 8.

¹⁶⁴ Cité par Bernard Edelman, in Bernard EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Hermann, Le bel Aujourd'hui, 2007, p. 131.

Il existe donc une autre manière de voir le droit privé, à côté du courant juridique dominant, et ce regard sur la société ressemble à celui de François Gén¹⁶⁵ et de René Demogue¹⁶⁶, c'est le « regard oblique » de Maurice Hauriou¹⁶⁷. Un regard qui suggère des détours, loin de toute flânerie disciplinaire¹⁶⁸, et non exempt de difficultés, car les voies scientifiques sont multiples dès lors que l'on quitte la ligne droite. La sociologie et l'économie par exemple ont été mobilisées pour compléter des approches juridiques en quête de réalité sociale. Ainsi, la pénétration progressive de l'économie dans le champ des études juridiques se constate nettement lorsque l'on s'intéresse à la situation matérielle et financière des personnes ; concepts et analyses économiques sont croisés aux commentaires juridiques des lois et des décisions jurisprudentielles.

Le choix d'un autre éclairage disciplinaire n'est pas aléatoire, il dépend de l'objet considéré, et des questions qui se posent. C'est le cas de l'identité de la personne qui ouvre un champ où juristes et psychanalystes se retrouvent¹⁶⁹. On constate souvent qu'il y a plus de proximité entre deux disciplines distinctes qui partagent des problèmes communs qu'entre deux spécialités de la même discipline¹⁷⁰, et l'on peut penser qu'un cousinage est possible entre le droit des

¹⁶⁵ François Gén^y, en critiquant la doctrine civiliste de son époque, estimait qu'il fallait en finir avec le « fétichisme » de la loi, car le droit est interprétation.

¹⁶⁶ René Demogue a été notamment l'auteur d'un ouvrage peu lu, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations* (1911), et Duncan Kennedy, théoricien du droit américain, reconnaît clairement sa propre filiation vis à vis de cet ouvrage. Cf. Duncan Kennedy, *Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation de la domination*, (1993), trad. et éd. française, 2008, Flammarion, Champs essais, pp. 47-57.

¹⁶⁷ V. le portrait emblématique de Maurice Hauriou, qui tourne le dos au spectateur et qui porte son regard oblique par-dessus son épaule. Cf. l'analyse de Jean-Arnaud MAZÈRES, « Hauriou ou le regard oblique » in *Mélanges en l'honneur de Lucien Sfez, Politique, communication et technologies*, PUF, 2006, 438 p.

¹⁶⁸ Même s'il existe une mode de l'interdisciplinarité, l'ordre du discours doctrinal demeure, cf. Mathieu DOAT, « L'ordre du discours doctrinal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, Juin 2009, pp. 275-290.

¹⁶⁹ Comment le droit appréhende-t-il l'identité de la personne humaine, ou plutôt comment l'identité humaine apparaît-elle dans le droit ? Telle est la question que peuvent se poser ensemble le juriste et le psychanalyste, tout en sondant la distance qui sépare la personne humaine de la personne juridique, pour constater l'évolution graduelle de l'artifice de la personne juridique vers le réalisme de la personne humaine, in Catherine LABRUSSE-RIOU, « Sciences de la vie et légitimité », in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 283 ; v. aussi Catherine LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications, la survie juridique de la personne », in *Droits, Revue de théorie juridique, n°13, Biologie, personne et droit*, PUF, 1991, pp. 19-30.

¹⁷⁰ Sur ce point v. François OST et Antoine BAILLEUX, « De la guerre des disciplines à celle des paradigmes », revue *Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, p. 5 et s.

personnes et la psychanalyse. D'une manière plus générale, le pont entre le droit et la psychanalyse, est loin d'être exceptionnel¹⁷¹. Le droit en lui-même peut d'ailleurs être envisagé comme phénomène psychique¹⁷², et quand les mots de loi ou encore de forclusion¹⁷³ migrent dans le domaine de la psychanalyse, ils semblent y recevoir une sorte de « coefficient théorique »¹⁷⁴.

¹⁷¹ V. l'étude de Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2002/1, n° 50, p. 125. V. également François TERRÉ (dir.) *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, *Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique*, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, 140 p.

¹⁷² Même si cela semble paradoxal du fait qu'il est généralement plutôt considéré comme phénomène social et qu'il concourt au fonctionnement de la société, in Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, *ibid.* Envisagé comme un phénomène social, il prend l'allure d'un outil rationnel, c'est la pensée de Max Weber : v. Max WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2013, 324 p.

¹⁷³ Ce mot a été introduit par Lacan, pour préciser celui de « rejet du signifiant ». Sur l'histoire de ce mot, voir Jean Laplanche et Bernard Pontalis, *Vocabulaire de la psychanalyse*, entrée « Forclusion », *op.cit.*

¹⁷⁴ Cf. Julia KRISTEVA, « Le désir de loi », in *Vive la loi*, éd. du Sénat et Paris II, 2004, p. 69.

Dans le prolongement des *Critical legal Studies*¹⁷⁵, un sérieux mouvement *Law and Psychoanalysis*¹⁷⁶, s'est développé aux États-Unis pour comprendre l'importance de l'inconscient dans le raisonnement juridique et judiciaire. Ce courant n'était ni isolé, ni totalement nouveau dans l'histoire de la pensée juridique : de grands maîtres du droit, comme Maurice Hauriou ou Hans Kelsen, avaient déjà envisagé le droit comme un phénomène mental. Les travaux de Maurice Hauriou, qui ont donné directement naissance en psychanalyse à l'analyse institutionnelle¹⁷⁷, ont essayé de rechercher les fondations du processus juridique dans

¹⁷⁵ Les *Critical legal Studies* apparaissent aux États unis dans les années 70, portées principalement par des professeurs de droit progressistes inscrits dans une théorie sociale critique qui interroge les discours juridiques pour montrer leur dimension idéologique en les confrontant à la réalité. Dans le prolongement du courant réaliste (ancien courant américain de la fin du 19^{ème}, mis en avant par Oliver Holmes qui écrit dans son ouvrage pragmatique *The path of the law* que le droit est produit par le juge), dont elles reprennent des éléments, les *critical legal studies* analysent le droit comme phénomène social et non comme un ensemble de discours qui relèvent du *devoir être*. Ces études prennent la norme comme phénomène saisi dans sa réalité matérielle, c'est-à-dire quand elle s'applique. Elles montrent, en s'appuyant sur les travaux de Foucault, Deleuze, Barthes et Derrida, qu'il n'y a pas un sujet qui disposerait du pouvoir souverain d'interpréter un texte, puisqu'il n'y a plus de sujet. Donc l'interprétation du sens des textes, leur signification déterminée par le juge dans un contexte, résulte de la culture. V. David S. CAUDILL, « Freud and Critical legal studies : Contours of a radical Socio-Legal Psychoanalysis », *Indiana Law Journal*, vol. 66, 1991. V. aussi article de Peter Gabel, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », dont le résumé indique que l'auteur « attaque la rationalité analytique, trop technicienne, qui caractérise le raisonnement juridique et montre comment cette conception “objective” de la culture juridique est venue à bout, par le passé, de mouvements sociaux, lorsque ceux-ci, inévitablement, ont pénétré l'arène juridique. Il plaide en faveur d'une approche de la pratique du droit de l'intérêt public qui soit aussi sensible que cognitive, symbolique qu'analytique, passionnée que rationnelle. Il donne des exemples d'une telle stratégie ». L'auteur explique que « Pour saisir les dimensions psychologico-émotionnelles du droit et montrer leur intérêt pour une pratique du droit transformatrice, une approche théorique doit (...) éclairer les fondements socio-psychanalytiques de l'être social, telles que ces dimensions sont incorporées et articulées dans “le droit” sous forme d'accumulation d'images mentales et de pratiques sociales concrètes », in Peter GABEL, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *Droit et société*, n°36-37, 1997. On Side of a Dialogue. Exemples actuels de Socio-Legal Studies au Royaume-Uni, pp. 379-400.

¹⁷⁶ Maria ARISTODEMOU, *Law, Psychoanalysis, Society, taking the unconscious seriously*, Routledge 2014 ; Anne C. Dailey, *Law and the Unconscious : A Psychoanalytic Perspective*, Yale University Press, 2017 ; Morris N. EAGLE, “Psychoanalysis and the law”, *International of Law and psychiatry*, Vol. 48, 2016, pp. 57-61 ; Joseph GOLDSTEIN, “Psychanalyse et jurisprudence. Sur la pertinence de la théorie psychanalytique pour le droit”, *L'étude psychanalytique de l'enfant*, vol. 23, n°1, 1968, pp. 459-479 ; Jay KATZ, “Droit de la famille et psychanalyse. Quelques observations sur la collaboration interdisciplinaire”, *Journal of legal Education*, vol. 20, n°4, 1968, pp. 571-578 ; Jay KATZ, Joseph GOLDSTEIN, Alan DERSHOWITZ, *Psychanalyse, psychiatrie et droit*, New York, Free Press, 1967, 822 p. ; Peter GOODRICH, *Law and the Unconscious*, London, Palgrave Macmillan, Language, Discourse, Society 1997, 270 p.

¹⁷⁷ V. par exemple l'ouvrage de René Lourau dans lequel le premier chapitre se réfère directement au travail des juristes, Maurice Hauriou et Georges Renard : René LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Éditions de Minit, 1971, 302 p.

les méandres et les profondeurs de l'institution. Le droit n'est en effet pas un ensemble de textes donnés, il est le produit d'un mouvement d'incorporation et de personnalisation d'idées¹⁷⁸. Hans Kelsen dont les liens étaient¹⁷⁹ établis avec Sigmund Freud qui l'appréciait comme l'un des plus grands juristes de son époque¹⁸⁰, propose une définition de la norme comme un modèle psychique. Selon l'auteur autrichien, la « norme ne se voit pas, elle se comprend »¹⁸¹. Elle constitue, selon les mots de Paul Amselek un « outil d'une texture purement psychique¹⁸² » qui nécessite une opération intellectuelle pour être appréhendée. Ainsi, si le Code civil dans lequel nous trouvons de nombreuses dispositions sur l'identité de la personne est perçu comme un ensemble de commandements, il est « pragmatiquement muet »¹⁸³. Un article du code n'a pas en lui-même une signification normative¹⁸⁴. Celle-ci résulte d'un acte d'interprétation. Le droit n'est pas le sens du texte qui aurait été déposé et fixé par son auteur mais un produit mental. « Il est dans nos têtes » comme l'ont parfaitement montré des auteurs réalistes scandinaves¹⁸⁵. Et c'est ce processus psychique qui peut être aussi bien étudié par les juristes que par les psychanalystes, parce que le savoir juridique comme la psychanalyse sont des savoirs d'interprétation¹⁸⁶. Et l'interprétation est sans fin.

¹⁷⁸ V. Maurice HAURIUO, « La théorie de l'institution et de la fondation » (1925) in *Aux sources du droit*, réédité par le Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1990 ; v. sur ce point, les travaux de Jean-Arnaud MAZÈRES et notamment son article, « La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Mélanges en l'honneur de J. Mourgeon*, Bruylant 1998, pp. 239-293.

¹⁷⁹ V. Etienne BALIBAR, « L'invention du surmoi, Freud et Kelsen 1922 », in *Citoyens, sujet autres essais anthropologiques*, PUF, 2011, pp. 383-434.

¹⁸⁰ Ernest JONES, *La vie et l'œuvre de Sigmund Freud*, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 1975, tome 3, p. 90.

¹⁸¹ Hans KELSEN, « Normes et propositions en théorie du droit », *Droits*, 1991-13, p. 139.

¹⁸² Paul AMSELECK, « Normes et Loi », in *La loi, APD*, vol. 25, 1980, Sirey, p. 92.

¹⁸³ À propos de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Olivier CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, décembre 1999, pp. 77-86.

¹⁸⁴ Mathieu DOAT, « Réformer l'administration : remarques pragmatiques sur l'application des textes juridiques », in Geneviève Koubi, Wafa Tamzini (dir.), *Discours administratifs, droit(s) et transformations sociales*, IRJS Éditions, Les voies du droit, pp. 129-146.

¹⁸⁵ Cf. l'article de Pierre BRUNET, à propos de la sortie de l'ouvrage en français de Karl Olivecrona, « Le droit est-il dans nos têtes ? » in *Jus politicum*, n° 8, 8 juillet 2012, pp. 1-25.

¹⁸⁶ Si le droit est à la fois un ensemble de textes, un construit social, le produit d'une explication des textes, et aussi le produit d'une interprétation libre de ces textes, il est finalement le produit d'une opération psychique, et on peut considérer que l'on ne sait pas où il commence exactement, tout en s'interrogeant sur la manière dont se construit la normativité et dont son autorité s'exerce. Comme le droit est dans l'interprétation, il est aussi la manifestation du désir conscient et inconscient des juges. Ce qui importe, c'est bien ce que l'on fait des textes juridiques, puisque le droit se glisse dans leur interprétation. Tout ceci suscite des interrogations : celles de savoir pourquoi un texte est obligatoire ou non, pourquoi il est d'ordre public ou non, pourquoi on peut y déroger ou non ... La lecture

On comprend immédiatement l'intérêt de ce croisement pour notre objet. L'écriture, la solennité du droit, sa rhétorique qui sont « scène et discours »¹⁸⁷, deviennent un montage psychique qu'il nous faut nous efforcer de décrypter. Parler juridiquement de l'identité de la personne n'est pas neutre et souvent le discours performatif se mélange au discours descriptif. On peut d'ailleurs reprendre la formule de John Austin « quand dire c'est faire »¹⁸⁸, à la manière d'Olivier Rey qui la transforme en « quand dire c'est défaire »¹⁸⁹, ce qui est justement le propre de la psychanalyse.

Pierre Bourdieu explique que « l'interprétation de la loi n'est jamais l'acte solitaire d'un magistrat (...) qui agirait en herméneute soucieux de produire une application fidèle de la règle (...) ou en logicien attaché à la rigueur déductive (...) : le contenu pratique de la loi qui se révèle dans le verdict est l'aboutissement d'une lutte symbolique entre des professionnels dotés de compétences techniques et sociales inégales, donc inégalement capables de mobiliser les ressources juridiques disponibles, par l'exploration et l'exploitation des “ règles possibles “, et de les utiliser efficacement, c'est-à-dire comme des armes symboliques, pour faire triompher leur cause »¹⁹⁰. Ainsi, ce que le droit « fait » à l'identité des personnes s'analyse très bien avec les concepts de refoulé¹⁹¹, de fantasme, de désir, de transfert¹⁹² ou encore de pulsions.

Il reste que l'utilisation du vocabulaire de la psychanalyse ne constitue pas un passeport interdisciplinaire, et que le dévoilement des « totems et tabous » de la matière juridique ne doit

psychanalytique du droit est intérieure, elle porte un éclairage sur la façon dont la norme se construit, notamment en matière d'identité.

¹⁸⁷ Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en occident. Aspects théoriques*, Fayard 1999, p. 8.

¹⁸⁸ John Langshaw AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Seuil, 1991, 202 p.

¹⁸⁹ Olivier REY, « Quand dire c'est défaire », in *Le repli*, revue Conférence n° 47, 20 mars 2019.

¹⁹⁰ Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, De quel droit ?, septembre 1986, pp. 3-19.

¹⁹¹ V. « Refoulement ».

¹⁹² Le transfert désigne en psychanalyse le rapport inconscient qui s'établit entre l'analysant et son analyste. C'est « le processus par lequel les désirs inconscients s'actualisent sur certains objets dans le cadre d'un certain type de relation établis avec eux et éminemment dans le cadre d'une relation psychanalytique. Il s'agit là d'une répétition de prototypes infantiles vécue avec un sentiment d'actualité marquée (...). Le transfert est classiquement reconnu comme le terrain où se joue la problématique d'une cure psychanalytique, son installation, ses modalités, son interprétation et sa résolution caractérisant celle-ci », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 492.

pas se transformer en une simple entreprise de critique du discours du droit, il n'est pas question, pour reprendre à notre compte les sarcasmes de Karl Marx à l'endroit de Joseph Proudhon¹⁹³, de faire le psychanalyste avec les juristes, et le juriste avec les psychanalystes, afin de tenter de gagner une « partie ». Pas non plus d'effet de « collage » d'une discipline supposée explicative sur une autre discipline qu'elle éclairerait d'une lueur bénéfique. Le seul principe est celui de mieux comprendre les aspects d'une question sans se restreindre à un seul angle de vue, ce qui ne signifie pas que la perspective initiale soit négligée, mais plutôt élargie¹⁹⁴. Méthodes et objets doivent être encore précisés.

¹⁹³ Marx reprochait à Proudhon « de faire l'économiste avec les philosophes et le philosophe avec les économistes ».

¹⁹⁴ Raphaël Draï explique en ce sens que « L'exemple le plus probant pourrait être pris chez Freud lui-même, en rappelant que face à une objection butée concernant l'existence même de la psychanalyse, il préférerait encore le silence à la polémique sans perspective. Autrement, on a déjà vu qu'afin de *démontrer* l'existence de l'inconscient, plutôt que de dévider les arguments d'une rhétorique *ad hoc*, il en *montrait* les manifestations patentes : rêves, lapsus, actes manqués, etc. Au niveau métapsychologique, lorsque l'analyse des névroses infantiles le conduisit à la conviction que l'histoire des individus, à ce niveau, récapitulait celle de l'espèce, c'est à l'ethnologie et à l'anthropologie de son temps qu'il a demandé des termes de comparaison et des formes de vérification *communicables*. Il agira de la même manière lorsqu'il affrontera la question des pulsions de vie et de mort en forgeant des hypothèses non plus anthropologiques mais biologiques pour ne pas dire ontologiques ; cela sans jamais perdre de vue la nécessité de revenir au plan proprement analytique puisque seule lui importait la conjonction, le chevillage de ces deux termes : réalité et vérité. Car qu'est-ce qu'une vérité toujours provisoire, sinon la perception d'une réalité confirmée par un jugement, intellectuel ou juridictionnel - et parfois les deux ensembles - après que l'existence de cette même réalité ou de ses limites a été contestée ? », in Raphaël DRAÏ, *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann, Philosophie, 2010, pp. 44-45.

Section II

La construction de la recherche

*« Ne demande ton chemin à personne,
tu risquerais de ne plus jamais te perdre ».*

Proverbe juif

Se proposer d'étudier la question de l'identité de la personne humaine en croisant l'analyse juridique et le discours psychanalytique, suppose de préciser sa méthode de travail (I). Il est certain que le mot « interdisciplinarité » n'implique en aucun cas d'adopter une grille de recherche validée par avance, ou qui « irait de soi ». Ce positionnement conduira à délimiter l'étude (II). Enfin, établir la méthode, circonscrire la recherche permettra de mieux cerner les problèmes auxquels nous cherchons à répondre (III).

I. La méthode

La manière dont se déroule concrètement une thèse en droit qui s'ouvre à une autre discipline, correspond rarement aux présentations systématiques qu'en font les spécialistes reconnus de la méthodologie¹⁹⁵. Car le parcours d'une thèse a de quoi déconcerter, c'est d'ailleurs le propre et le plaisir de ce type de recherche que d'emprunter un chemin dont, au départ, généralement, on ne connaît ni distinctement la destination, ni l'itinéraire et encore moins les méandres : « c'est rétrospectivement que l'on peut reconstruire la rationalité d'une démarche qui, le plus souvent, est quotidiennement faite d'erreurs, de tâtonnements, de confrontations et de retours en arrière moins rationnels et conséquents que la description que le chercheur peut ensuite en faire, en toute bonne foi »¹⁹⁶. Quand l'itinéraire est complexe, nombre de chemins de traverse doivent être parcourus en tous sens, il est donc important d'évoquer ce que sont les étapes concrètes de

¹⁹⁵ V. le petit livre d'Henri CAPITANT, *Comment il faut faire sa thèse en droit*, Dalloz 1926, rééd. Hachette Livre BNF, 2018, 102 p.; pour un ouvrage actuel ; v. celui de Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^e éd. 2016, 456 p. ; ou encore Raphaël ROMI, *Méthodologie de la recherche en droit*, LexisNexis, 3^eéd., 2019, 131 p.

¹⁹⁶ Dominique SCHNAPPER, *La compréhension sociologique : Démarche de l'analyse*, PUF 2012, p. 129.

cette recherche pour montrer comment s'opère ici la lecture croisée du droit et de la psychanalyse (A) ; une lecture qui pose de sérieuses questions épistémologiques (B).

A. Une lecture croisée

Maurice Hauriou expliquait qu'« un peu de sociologie éloigne du droit et beaucoup y ramène »¹⁹⁷. Notre recherche a suivi ce cheminement, allant vers la psychanalyse puis revenant au droit, conduisant à la fois à une confrontation et une articulation de ces formes de savoir.

Une *confrontation* parce que la première étape a consisté en le fait de sillonner le monde de la psychanalyse avec la curiosité de nouvelles configurations, l'envie de se laisser troubler dans ses perceptions, ses conceptions classiques, habituelles, familières, en abordant des rivages différents. Ce cheminement ne s'est en rien apparenté à une promenade, car la psychanalyse est une pensée éclatée, discutée, traversée par des courants et des écoles qui s'affrontent. Notre recherche s'est principalement ancrée au courant orthodoxe qui s'inscrit dans la pensée freudienne. Il reste que la lecture psychanalytique est parfois déstabilisante du fait de sa rhétorique absconse, de ses phrases inextricables, de son vocabulaire brumeux¹⁹⁸. Même si Lacan nous prévient que « le savoir est une énigme »¹⁹⁹, la lecture de la psychanalyse est un choc pour le juriste qui cherche à construire une étude sur l'identité humaine. La confrontation se situe à plusieurs niveaux.

Elle réside d'abord dans le caractère essentiellement critique de la psychanalyse à l'encontre du droit²⁰⁰. Ainsi, selon Pierre Legendre, il importe de sortir la pensée juridique dogmatique « du marasme intellectuel que répandent les sciences sociales, empêtrées dans le discours

¹⁹⁷ Maurice HAURIUO, « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit*, 1893, p. 289-295.

¹⁹⁸ Une partie du rejet de la psychanalyse s'appuie sur cette critique du « langage » de la discipline. Cf. la dernière pétition qui vise à exclure la psychanalyse de l'université et des enceintes des juridictions : <https://www.justicesanspsychanalyse.com/>

¹⁹⁹ Jacques LACAN, *Séminaire XX, Encore, 1972-1973, ch. XI Le rat dans le labyrinthe*, Seuil, Le champ freudien, 1975, cité par Nabile FARÈS, « Les labyrinthes du « Je-pense » », *Che vuoi*, vol. 34, n°2, 2010, pp. 141-145.

²⁰⁰ Une grande partie de la psychanalyse ignore le droit, et plus spécialement la pensée juridique.

positiviste »²⁰¹ et de « vaincre une volonté d'ignorer »²⁰². La psychanalyse apparaît alors comme un méta-discours dont la fonction serait de dévoiler les impensés juridiques. L'approche psychanalytique par son positionnement serait chargée d'ouvrir des brèches interprétatives dans la pratique, et de permettre ainsi de mieux penser l'action judiciaire. Cette approche, là où le droit assigne des places définies, décrypte les actes et les faits en demandes et en désirs inconscients, qui même s'ils ne sont pas transposables hors de la cure, ouvrent sur une autre logique qui échappe aux motivations conscientes, mais aussi à certaines catégories de la justice²⁰³. On comprend dès lors que les raisons n'ont pas manqué à la doctrine juridique pour se détourner d'un programme qui aboutirait à dissoudre la science juridique présumée incapable de se demander « pourquoi ».

Ensuite, d'aucuns diraient que pour les juristes, il est difficile d'établir un dialogue avec les psychanalystes qui sont dans la position confortable de grands clercs, alors que les praticiens du droit qui se retrouvent sur le divan, sont soumis, à ce que le professeur Denys de Béchillon, appelle avec humour « l'effet *hmmm-hmmm* »²⁰⁴. Assurément, il y a là tout ce qui peut inquiéter une doctrine civiliste, privée de son grand repère : le sujet de droit doté d'une autonomie de la volonté. Comment le droit pourrait-il concilier sa conception du sujet qui sert de fondement essentiel aux droits des obligations et de la responsabilité avec l'idée d'un sujet désirant, doté d'un inconscient insaisissable, et dont la liberté serait déterminée par son histoire ?

Une *articulation* également, car il n'est pas si simple de cheminer en compagnie de Sigmund Freud, de Pierre Legendre et de Jacques Lacan. Toutefois, sortir du rapport conflictuel affligé de stéréotypes ancrés de part et d'autre, n'est pas une entreprise insurmontable. Et sans partager l'ensemble des positions qu'adopte la psychanalyse sur l'identité de la personne, le juriste peut, sans perdre son âme, découvrir dans ce savoir des outils propices et des grilles d'analyses

²⁰¹ Pierre LEGENDRE, interviewé par Annie COLLOVALD et François BASTIEN, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec Pierre Legendre », *Politix*, Le pouvoir des légistes, vol. 8, n°32, 1995. p. 23.

²⁰² Pierre LEGENDRE, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2^{ème} éd., 2004, p. II.

²⁰³ V. Sophie de MIJOLLA-MELLOR, « Logique juridique et logique psychanalytique, une possible rencontre ? », *Topiques*, 2011, vol. 117, n°4, pp. 188-189.

²⁰⁴ Cf. les propos de Denys de BÉCHILLON, lors d'une table ronde organisée par l'association Schibboleth, « Droit, loi et psychanalyse, La justice face aux symboles », http://www.akadem.org/sommaire/colloques/etat-du-symbolique/la-justice-face-aux-symboles-03-07-2014-60722_4549.php

intéressantes²⁰⁵, sans que des « droits de douane »²⁰⁶ trop couteux rendent totalement dissuasif ce passage de frontière interdisciplinaire. L'articulation du droit et de la psychanalyse peut donc se traduire par deux mots complémentaires : emprunter et élargir.

Pour réfléchir aux questions que rencontre aujourd'hui le droit des personnes humaines, et plus particulièrement la problématique de leur identité, nous avons emprunté des concepts, des méthodes et des théories forgés au sein de la psychanalyse. Puiser dans la théorie de l'inconscient, dans les concepts de désir ou de fantasme pour chercher à comprendre comment se construit l'identité juridique d'une personne n'est pas une entreprise sans risque. Mais souvent ces concepts éclairent mieux que ceux de volonté ou de consentement lorsqu'il s'agit d'expliquer des décisions, des faits, des actes, des situations.

Le croisement disciplinaire permet aussi d'élargir les perspectives d'une manière pragmatique et de regarder l'objet juridique en ouvrant une focale. L'interdisciplinarité permet d'enrichir les pratiques. L'avocat, par exemple, qui est confronté à une question qui touche à l'identité de ses clients devra mobiliser des connaissances pour comprendre ce qui se joue dans le désarroi mais aussi dans les délires et les obsessions des parties qui s'affrontent. Inversement, l'analyste qui reçoit un analysant ne peut méconnaître les problèmes juridiques auxquels celui-ci peut se heurter dans une situation conflictuelle. Sigmund Freud, dès 1906, devant un parterre de juristes, donnait une conférence dans laquelle il évoquait le « procès psychique »²⁰⁷, il établissait une

²⁰⁵ À propos de grille d'analyse juridique, Mathieu Doat indique que « de nos jours, alors qu'on pourrait penser que la grille est plus lâche, des zones d'ombre sont maintenues, voir s'étendent : ce sont des champs qui touchent aux questions du pouvoir, du collectif, du juste et de la normativité. Dès que l'on touche à ces domaines qui posent le problème des limites du droit, on sait combien il est difficile de dire et d'écrire ; la prudence conduit bien souvent à retenir ses hypothèses », in Mathieu DOAT, *L'ordre du discours doctrinal*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Paris, LexisNexis, juin 2009, pp. 275-290.

²⁰⁶ Jacques CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, Juris lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et société* 2004/1 (n°56-57), Éditions juridiques associées, p. 21.

²⁰⁷ Marie-Dominique Trapet, auteur d'une thèse intitulée *Le droit dans l'œuvre de Freud*, indique que « le fonctionnement de la psyché va présenter de réelles parentés avec celui d'une juridiction, dès lors qu'il y a lieu de juger un coupable », in Marie-Dominique TRAPET, « Droit et psychanalyse », in Alain de Mijolla (dir.), *Dictionnaire international de la psychanalyse*, Calmann-Lévy, Psychologie – Psychanalyse - Pédagogie, t. 1, 2002, p. 501. V. aussi Raphaël DRAÏ, « Droit et psychanalyse », Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, Quadrige, 2003, pp. 481-484.

analogie entre la démarche de « détective » du juge d'instruction et celle du psychanalyste²⁰⁸, entre le secret du criminel et celui de l'hystérie²⁰⁹. Michel Foucault²¹⁰ a également, tracé un parallèle entre les techniques en jeu, il considérait que l'exploration psychanalytique comme la procédure d'instruction sont des procédures d'extraction de vérité, ou du moins d'un certain type de composante des récits.

Si le débat sur l'identité de la personne humaine ne peut se limiter que d'une manière très artificielle à un champ disciplinaire, le décloisonnement disciplinaire ne doit pas non plus se transformer en entreprise folklorique ou impérialiste.

B. Des questions épistémologiques²¹¹

La volonté d'étudier l'identité juridique de la personne, en s'appuyant sur le discours de la psychanalyse ne peut se faire sans une interrogation sur les conditions de vérité de cette étude. L'origine des savoirs juridique et psychanalytique, et leur portée scientifique discutée, pourraient laisser penser qu'un travail interdisciplinaire est impossible. Mais un cadre épistémologique commun et des méthodes comparables vont permettre de montrer un peu plus

²⁰⁸ Victor NOBRE-MARTINS, « Freud parle aux juristes : savoir et vérité entre la psychanalyse et l'instruction judiciaire », *Topique*, vol. 138, no. 1, 2017, pp. 53-65.

²⁰⁹ Sigmund Freud indique que « chez les deux, il y va d'un secret, de quelque chose de caché (...) Chez le criminel, il s'agit d'un secret qu'il connaît et qu'il vous cache, chez l'hystérique, d'un secret qu'il ne connaît pas non plus lui-même, qui se cache à lui-même », in Sigmund FREUD, « L'établissement des faits par voie diagnostique et la psychanalyse », in *Œuvres complètes VIII : 1906-1908*, PUF, Œuvres complètes de Freud, p. 20. V. aussi Sigmund FREUD, « La psychanalyse et l'établissement des faits en matière judiciaire par une méthode diagnostique », in *Essais de psychanalyse appliquée* (1906), Gallimard, Idées, Nrf, 1971, pp. 45-58. La notion de maladie hystérique remonte à Hippocrate, et sa délimitation a suivi les péripéties de l'histoire de la médecine. Freud, marqué par l'enseignement de Charcot considère que l'hystérie est une maladie psychique à l'étiologie très spécifique qui se traduit par une certaine organisation de la personnalité et certains mécanismes psychiques, comme le refoulement, in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 178.

²¹⁰ V. Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, 1994, 248 p.

²¹¹ L'épistémologie vise « essentiellement l'étude critique des principes, des hypothèses et des résultats des diverses sciences, destinée à déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective », v. la définition d'André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 293.

l'intérêt du croisement du droit et de la psychanalyse, laquelle, si elle est une théorie de l'irrationnel, n'est pas une théorie irrationnelle²¹².

Historiquement, le savoir juridique s'est construit contre les autres sciences sociales. À une époque où la sociologie, l'économie se sont constituées en disciplines et ont contesté aux juristes l'explication du monde social, Hans Kelsen a précisé l'objet de la science juridique dans sa théorie normativiste : les normes étant définies comme des énoncés sous la forme de *ce qui doit-être*, la science du droit se distingue des autres formes de sciences qui décrivent des rapports de cause à effet, car elle « n'applique non pas le principe de causalité, mais celui d'imputation »²¹³. Et chaque fois qu'un acte, ou une intention, sont imputés à un sujet, il est question d'identité²¹⁴. Si la doctrine française n'adhère pas à toute la théorie kelsénienne du droit, il demeure qu'elle « étudie les comportements des êtres humains non pas tels qu'ils se présentent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment les hommes doivent se comporter »²¹⁵. Cette approche, qui reste dominante, explique les réticences des juristes à emprunter des clefs d'analyse aux sciences sociales. Le droit serait une science à part, et non une science des faits, ce qui rendrait difficile tout échange avec les sciences sociales.

²¹² Sigmund Freud, en dépassant l'immédiateté factuelle, pour s'adapter à son objet d'étude non immédiatement perceptible par les sens (Georges et Sylvie Pragier rappellent qu'« il arrive que pour découvrir un objet scientifique, il faille, disait Gaston Bachelard, renoncer à l'image sensible, en physique quantique par exemple », in Georges PRAGIER, Sylvie FAURE-PRAGIER, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, PUF, Le fil rouge, 2007, p. 16), parvient à emprunter les méthodes abstraites, spéculatives de la philosophie et celles plus empiriques d'autres sciences dures (concernant cette dualité de la position freudienne, qui permet de rendre compte de la spécificité du fait saisi, v. Paul-Laurent ASSOUN, *Freud, la philosophie et les philosophes*, PUF, Philosophie d'aujourd'hui, 1976, spécialement p. 65). Freud constitue une épistémologie propre, entre sciences explicatives et sciences compréhensives, il est inventif, innovant, car prendre pour objet de recherche scientifique le psychisme « cela ne peut aller, sans de nouvelles hypothèses et sans la création de nouveaux concepts » (*ibid.*, p. 66).

²¹³ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2nd éd., Bruylant - LGDJ, 1999, pp. 85-91.

²¹⁴ Monique DAVID-MENARD, « Vers une subjectivation de l'identité. Introduction », in *L'identité juridique de la personne humaine*, *op.cit.*, p. 240.

²¹⁵ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (1934), 1^{ère} éd., Éditions de la Baconnière, Cahiers de philosophie, Être et penser, 1953, pp. 33-34.

Or le statut de la psychanalyse²¹⁶ curieusement se rapproche de celui du savoir juridique. Si Sigmund Freud, dès ses premiers écrits, a tenté de constituer la psychanalyse en science de l'inconscient²¹⁷, les controverses ont été constantes, et aujourd'hui le débat est toujours viv²¹⁸. Tout comme le droit, la psychanalyse n'est pas une science de l'observation empirique de notre système nerveux. Elle n'observe pas des maladies mentales à l'aide d'une IRM. Elle n'est pas capable d'émettre un ensemble d'énoncés qui pourraient être démontrés ou prouvés, et considérés comme universellement vrais, après expérimentation. Son objet, à savoir le psychisme inconscient est particulièrement complexe et non mesurable. La preuve de ce qu'est l'inconscient²¹⁹, comme l'identification et la définition de ce qu'est le droit²²⁰, ne peuvent se faire par un simple processus de vérification d'une réalité matérielle. Le savoir juridique et le savoir psychanalytique se retrouvent dans des situations semblables : Hans Kelsen, Sigmund Freud, Jean Carbonnier ou Carl Gustav Jung n'ont jamais pleinement réussi à montrer que leurs théories pouvaient être vérifiées empiriquement par une expérimentation immédiate et factuelle, qui permettrait d'établir des certitudes.

²¹⁶ En tant que médecin, dans sa propre pratique, Sigmund Freud s'est efforcé de dégager la psychanalyse du cadre juridique de la profession médicale, afin que de non-médecins puissent l'exercer, in Sigmund FREUD, *La question de l'analyse profane*, Folio, Folio Essais, 1998, 208 p. La question du statut juridique de la psychanalyse n'est toujours pas réglée, « son institutionnalisation supposerait un « chef », un règlement, une raison sociale idéologisée, un commissaire aux comptes ... et cet arsenal ne semble pas compatible avec un savoir pratique, clinique et métapsychologique, ayant pour vocation la découverte progressive et continue d'une « chose » à peine nommable qui dérouté les épistémologies existantes : l'inconscient », cf. Phyllis GROSSKURTH, *Freud, L'anneau secret*, PUF, Histoire de la psychanalyse, 1995, 296 p.

²¹⁷ Cf. notamment l'ouvrage de Sigmund FREUD, *Métapsychologie*, publié en 1915, ouvrage dans lequel l'auteur éprouve le besoin de cerner les concepts fondamentaux de la psychanalyse, restés jusqu'alors dans une certaine indétermination. Il s'agit notamment de l'inconscient, du refoulement, de la pulsion, de l'objet perdu (dans les cas du deuil et de la mélancolie), etc., in Sigmund FREUD, *Métapsychologie*, Gallimard, Folio Essais, 1986, 185 p.

²¹⁸ Cf. la charge récente de Michel ONFRAY, *Le crépuscule des idoles*, Grasset, Essai français, 2010, 624 p., ou encore le livre de Catherine MEYER (dir.), *Le livre noir de la psychanalyse*, Les Arènes, 2010, 500 p.

²¹⁹ Raphaël Draï explique que Sigmund Freud, « face à une objection butée concernant l'existence même de la psychanalyse, préférerait encore le silence à la polémique sans perspective. Autrement, on a déjà vu qu'afin de démontrer l'existence de l'inconscient, plutôt que de dévider les arguments d'une rhétorique *ad hoc*, il en montrait les manifestations patentes : rêves, lapsus, actes manqués, etc. », in Raphaël DRAÏ, *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann, Philosophie, 2010, p. 44.

²²⁰ Sur les multiples définitions du droit, cf. les deux numéros de la revue *Droits*, « Définir le droit », n°10 & 11, 1989 et 1990.

Il semble impossible que la psychanalyse et le droit puissent prétendre au même degré d'objectivation que la physique ou la biologie. Doit-on pour autant les qualifier de discours non scientifiques, comme s'ils étaient semblables à l'astrologie ? Il faudrait répondre par l'affirmative si l'on attendait du savoir juridique ou psychanalytique, du mesurable et de la démonstration, des raisonnements par lesquels on établit la vérité de propositions. Mais une telle analyse ne tiendrait pas compte du processus de construction des connaissances en droit et en psychanalyse, processus tout à fait comparables. On ne peut nier que le droit, comme la psychanalyse, aient pour objectif de déchiffrer, d'expliquer des situations pour les rendre intelligibles. Ces deux formes de savoir ont mis en place des procédures d'investigation qui conduisent à des recherches approfondies et détaillées d'informations très diverses, et amènent à donner des informations générales, des grilles d'explication, du sens. Elles mettent en évidence un lien objectif qui relie une situation au processus qui en est le moteur, et ainsi énoncent des propositions susceptibles d'être vérifiées ou réfutées. Certaines propositions peuvent donc faire l'objet d'une vérification par déduction après avoir accumulé des situations qui se recoupent. Le juriste ou le psychanalyste vont par exemple, sur la base d'études de cas (jurisprudentiels ou cliniques) pouvoir proposer une théorie ou établir des concepts. D'autres propositions peuvent être réfutées quand le juriste ou le psychanalyste inventent des théories conjecturales qui évoluent par éliminations successives d'erreurs. Et chaque théorie proposée vient corriger la théorie précédente.

Mais les affinités entre le droit et la psychanalyse ne résultent pas seulement de procédures d'investigation, ce sont de véritables sciences de l'interprétation, et le propre d'une interprétation, c'est d'être infinie, parce que tout signifie. Leurs pratiques sont d'un grand raffinement, elles prennent pour objet l'intention des auteurs : auteurs de la loi, auteurs d'actions. Elles étudient des mots en s'intéressant à leur signification. Elles sont des disciplines herméneutiques parce qu'elles savent « la nécessité de l'interprétation et le danger de la mésinterprétation en raison du caractère univoque d'un énoncé ou d'un contexte engageant faux sens ou contre sens »²²¹. Le droit, comme la psychanalyse, travaillent à interpréter les signes, les mots, avec la crainte de se méprendre, de rajouter de la souffrance à la souffrance d'un analysant ou d'un justiciable. Car ces savoirs en action peuvent se tromper, faire des erreurs

²²¹ Jean-Philippe PIERRON, « Une herméneutique en contexte : le droit », *Methodos*, n° 13, mis en ligne en avril 2013.

quand ils assignent une mauvaise signification à un texte ou à une parole. Et l'erreur n'est pas un raté, mais un élément inhérent au processus scientifique. Elle est un témoin qui permet de vérifier ce qui est vrai, de repérer ce qui n'est pas logique et de faire une distinction entre des énoncés dogmatiques et des savoirs qui peuvent prétendre à une objectivité : « la vérité est toujours vérification, non pas objet à détenir mais processus à poursuivre »²²².

Enfin, on retrouve en droit comme en psychanalyse la volonté de construire une connaissance non métaphysique, tenant à l'écart les jugements de valeurs et cherchant à se déprendre des idéologies. Cet objectif globalement partagé par les communautés des juristes et des psychanalystes, est loin de correspondre à une réalité incontestable, mais la volonté de participer à une connaissance qui rejette la spéculation²²³, est aussi un trait commun à ces disciplines.

Dans ces conditions, la démarche interdisciplinaire de cette thèse n'est pas seulement le produit d'un choix subjectif²²⁴. Elle repose sur un socle commun aux disciplines en question : une même manière de procéder face à des cas et une nécessité d'interpréter. La connexité des bases épistémologiques des savoirs juridique et psychanalytique permet d'engager une recherche sur l'identité de la personne humaine.

II. La délimitation de la recherche

La manière d'organiser notre recherche sur l'identité de la personne dépend des questions posées (A) et de la finalité poursuivie (B).

²²² Raphaël DRAÏ, *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, *op. cit.* p. 45.

²²³ Attitude qui est le propre de tout savoir positiviste : la spéculation est la recherche de l'origine des choses, de leurs causes intimes, avec pour visée une connaissance absolue de ces causes, et de leur nature intrinsèque. L'approche positiviste cherche à découvrir les lois effectives des phénomènes, les lois scientifiques qui les agissent, le discours positiviste se veut rigoureux, en principe hors des jugements de valeur.

²²⁴ Sur l'importance de développer des recherches ouvertes sur d'autres sciences sociales, *cf.* Olivier GOHIN, « Recherches en droit vs recherches sur le droit », in *Mission de recherche droit & justice : Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, PUF, 2007, pp. 280-282 ; v. aussi dans le même ouvrage la contribution de Marie-Aimée LATOURNERIE, pp. 298 et s., et celle d'Antoine GARAPON, « Rapport général », pp. 339-345.

A. Le questionnement

Cette recherche a pour but de comprendre comment se construit juridiquement l'identité psychique et physique de la personne humaine. Trois séries de questions se posent et s'articulent :

L'identité juridique peut-elle être le produit de la volonté d'une personne humaine ? Est-elle aussi une affaire de désir et de pulsions ? Doit-on prendre au sérieux certaines demandes identitaires qui peuvent être considérées comme délirantes ?

Quels sont les éléments naturels sur lesquels doit reposer l'identification ? Quelle est la part fictionnelle de ce processus d'identification ? La mention du sexe doit-elle encore figurer sur la carte d'identité ? Jusqu'où les transformations biomédicales modifient-elles l'identité des personnes ?

Quel est le rôle de l'État dans le processus d'identification ? Comment organise-t-il les généalogies dans un contexte où les filiations se complexifient à l'extrême ?

Pour répondre à ces questions, nous avons croisé notre étude juridique avec la psychanalyse en poursuivant un double objectif :

D'abord celui de dévoiler les fictions qui façonnent à la fois le phénomène juridique de l'identité de la personne humaine et la connaissance de ce phénomène. L'identité juridique se structure consciemment et inconsciemment dans notre imaginaire, par des scènes fantasmées par l'État mais aussi par les personnes. On ne peut réduire le droit à sa fonction instrumentale, ni l'étude du droit à un enseignement technique. Comme l'a bien montré Jacques Chevallier, « la norme juridique n'est jamais un simple dispositif technique d'encadrement des rapports sociaux, elle participe pleinement au système de références symboliques sur lequel repose l'ordre social »²²⁵. Le droit est certainement la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination et de classement qui crée les choses nommées²²⁶, comme l'est notre identité. La

²²⁵ Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDJ* 1990, p. 1653 ; v. aussi les analyses d'Emmanuel JEULAND sur le processus de symbolisation dans son ouvrage *Théorie relationniste du droit*, *op.cit.* pp. 217-285.

²²⁶ Cf. Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, De quel droit ?, septembre 1986, pp. 3-19.

« naturalisation des identités » par le droit²²⁷ doit donc être analysée d'une manière critique comme une fabrication, plus ou moins artificielle : il n'y a pas d'essences naturelles, chaque système juridique invente des identités.

Ensuite, il s'agit de s'interroger sur le processus de construction de « mon » identité. Le risque narcissique dans la demande identitaire est réel²²⁸. La psychanalyse a bien compris l'impossible quête de la construction de l'identité de soi à soi, dont se nourrit la jouissance pulsionnelle du sujet²²⁹. L'identité de la personne ne peut se construire à travers son reflet dans un miroir. Elle n'appartient pas au sujet. Ce n'est pas une simple liberté juridique. L'identité est constituée par un pouvoir instituant qui donne un statut à chacun de ses membres tout en posant la loi²³⁰. L'identité n'implique pas seulement le pouvoir de reconnaître chacun d'entre nous. Elle sépare les hommes des femmes, les enfants des adultes, les français des étrangers et en même temps

²²⁷ On veut faire comme si le produit d'une norme, l'identité, était quelque chose de « naturel ». Comme le sexe par exemple. Cf. Otto PFERSMANN, « Identité descriptive et identité prescriptive », in *L'identité juridique de la personne humaine, op.cit.*, pp. 413-418.

²²⁸ Le narcissisme peut être défini comme « l'ensemble des processus psychiques dotés d'une forte charge affective qui contribuent à l'identité, l'estime de soi et le positionnement par rapport aux autres. Plusieurs instances psychiques concourent au narcissisme qui se traduit factuellement par le sentiment d'avoir une identité et une valeur propre, ainsi que par le besoin de les préserver dans les relations avec les autres », in Patrick JUIGNET, « Le narcissisme », *Philosophie, science et société*, revue en ligne, 2018, <https://philosciences.com/philosophie-et-psychopathologie/psychopathologie-clinique/346-narcissisme>. Le processus narcissique de construction de l'identité correspond donc à la construction de soi à travers la quête de tout ce qui ramène à sa propre image. Le narcissisme est parfois considéré dans le langage courant comme la manifestation d'une certaine infatuation, d'un amour de soi excessif, qui conduit une personne à être trop soucieuse de son apparence au détriment de son environnement, alors que selon l'acception psychanalytique, il participe surtout d'un processus de construction identitaire majeur. Des auteurs comme Pierre Legendre, Gilles Lipovetsky ou encore Élisabeth Roudinesco, ont vu dans la civilisation actuelle selon eux plutôt « dépressive », un triomphe du narcissisme au sens d'une perte de repères. Or cette vision obère le processus de valorisation de soi indispensable à la constitution de l'identité.

²²⁹ Il existe toujours le fantasme d'être maître de son identité. Si la construction de l'identité est basée sur l'amour de soi, la loi extérieure devient une violence. La famille est le premier lieu de la différence, le premier lieu de construction de soi, le premier lieu qui divise le sujet et le confronte à la Loi. C'est là qu'il comprend, au cours de la petite enfance, qu'il ne peut se construire à l'identique. Jacques Lacan s'est attaché à montrer que l'alternative à l'obéissance à la figure paternelle autoritaire, à cette métaphore de la toute-puissance, n'aboutit pas forcément à un déferlement narcissique du sujet qui finit par acter l'impossible quête d'une identité de soi à soi, v. Jacques LENOBLE, « Retour sur Droit, Mythe et Raison : comment penser l'obéissance à la loi ? Sur les traces de Freud, Lefort et Castoriadis », in Yves CARTUYVELS, Antoine BAILLEUX, Diane BERNARD, Hugues DUMONT, Isabelle HACHEZ et Delphine MISONNE (*dir.*), *Le droit malgré tout*, Hommage à François Ost, Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, droit, 2018, pp. 141-167.

²³⁰ Sur les fonctions organisatrices et disciplinaires de l'institution, cf. Maurice HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, 2, p. 134-182

elle permet la fabrication de la loi et des limites en distinguant le père, la mère et l'enfant. Ainsi, l'interdit de l'inceste n'est possible que si on a préalablement identifié ces trois catégories. On sait qu'Œdipe couche avec sa mère et tue son père car il n'a pas pu les identifier. C'est parce qu'on ne sait pas qui est qui, que la loi n'a pas pu s'appliquer. Aujourd'hui, alors que les filiations se modifient²³¹ et que l'autorité des textes juridiques est dévaluée²³², de quel « père » s'agit-il ? De quelle loi parle-t-on ? À l'heure où la parentalité autorise l'indifférenciation des

²³¹ En droit français, la filiation *par le sang* repose sur le principe qu'un enfant est issu de l'union d'un homme et d'une femme. Ce principe « essentiel » a été reconnu par la Cour de cassation qui estime qu'un enfant ne peut être né de parents de même sexe (Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.261). Or, la loi n° 2046 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, l'art. 61-5 du Code civil a considérablement facilité la procédure de changement de sexe à l'état civil, par une simple « réunion suffisante de faits » non cumulatifs (comportement en public, changement de prénom à l'état civil, comportement vis-à-vis de l'entourage familial, amical ou professionnel). L'art. 61-8 du code civil indique que la modification de la mention du sexe à l'état civil est sans effet sur les filiations établies *avant cette modification*. Mais si la naissance a lieu *après cette modification* de la mention du sexe, comme l'art. 61-6 al. 3 de ce même code, indique que « le fait de ne pas avoir subi de traitement médicaux (...) ne peut motiver le refus de faire droit à la demande », tout cela a pour conséquence qu'une personne peut changer de sexe à l'état civil, tout en conservant ses attributs d'origine, notamment ceux qui lui servent à se reproduire. Elle peut donc procréer avec son sexe d'origine, tout en ayant légalement changé de sexe. Une femme peut donc procréer avec son sperme, ou un homme peut accoucher avec son ventre. Sophie Paricard explique que « l'enfant peut désormais être issu d'un projet parental porté par deux personnes de même sexe, et même naître du ventre d'un homme ... ayant changé de sexe », in Sophie PARICARD, « Vers un droit spécial de la filiation ?, *Dalloz, Études et commentaires, Chroniques Filiation*, 18 janvier 2018, p. 75. Ce qui devient problématique, c'est la reconnaissance de la filiation de l'enfant conçu par des parents dont l'un au moins est transgenre, déclarés de même sexe à l'état civil. Comme illustration, nous pouvons évoquer l'arrêt de la CA Montpellier, 3^{èmes} chambres A et B en formation réunies, le 14 novembre 2018. Dans cette affaire se posait la question de savoir comment établir la filiation d'un enfant issu d'un engendrement charnel (v. sur cette notion Victor DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation : étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, thèse sous la dir. de Dominique Fenouillet, 2018) entre deux personnes mariées dont l'une est une personne transgenre. Cette question revient à se demander si une personne transgenre doit être considérée comme « père » ou « mère » biologique. Les textes juridiques qui établissent la filiation renvoient au sexe biologique (art. 311-21 C. civ.), mais les notions de père et mère renvoient à l'identité de genre du parent (art. 61-7 C. civ. et circulaire 10 mai 2017 relative au livret de famille qui permet de remplacer le nom de père par le nom de mère pour respecter l'identité de genre du parent). La solution adoptée par la cour d'appel sera de qualifier la mère transgenre (l'homme qui est devenu femme à l'état civil tout en ayant conservé son sexe d'homme), de « parent biologique », appellation neutre qui permet de contourner la difficulté en permettant à ce parent de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant. À ce sujet, v. également l'éditorial de Rainer Maria KIESOW, « À mort papa ! », *Grief, Revue sur les mondes du droit*, Dalloz, EHESS, n°6/1, 2019, pp. 11-12. Une décision partiellement cassée par la Cour de cassation le 16 septembre 2020 (Cass, Civ., 1^{ère}, 16 septembre 2020, n° 519, 18-50.080, 19-11.251), cf. à ce sujet le Chapitre II La personne comme multiple, Section II L'identité par la filiation.

²³² Sur cette crise, v. Jacques Chevallier, Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité » *op. cit.*, p. 1653.

figures paternelle et maternelle²³³, Pierre Legendre avertit que « la promotion biomédicale du lien parental comme lien de génitalité a poussé dans le sens d'une conception bouchère de la filiation »²³⁴.

Jusqu'où peut-on modifier les identités avec les découvertes biologiques ? Afin de répondre à cette question, nous verrons que la filiation est un « concept d'essence politique »²³⁵ et non une simple affaire de désir, de biologie ou de technique juridique. Et si l'identité homme/femme peut s'effacer, il est certain que ce qui fait la parenté et les généalogies demeure²³⁶. La reconnaissance de la notion de genre permet de déconstruire les identités sexuelles, mais la distinction des personnes n'est pas pour autant renvoyée au rayon des illusions métaphysiques. La métamorphose des identités n'entraîne pas la décomposition de la loi.

B. La finalité de la recherche

Si toute thèse doit commencer par des « aveux »²³⁷, reconnaissons alors que notre recherche est un renoncement méthodologique afin de proposer une nouvelle grille d'analyse de la manière dont se construit l'identité de la personne humaine.

En premier lieu, son caractère pluridisciplinaire conduit moins à étudier séparément le droit et les discours sur le droit qu'à tenter de comprendre la culture juridique dans laquelle se décide l'identité des personnes. Cette thèse est donc un essai car il est certain qu'elle ne se présente pas sous la forme d'une étude descriptive d'un côté des normes qui porte sur l'identité de la personne et de l'autre côté, des discours plus ou moins dogmatiques de la doctrine civiliste. Nous connaissons aujourd'hui largement la porosité entre le droit en tant qu'ensemble de normes et le savoir sur le droit, au point qu'il est possible de dire que « l'écriture est une

²³³ Pascal DAVID, « La question de la paternité à la lumière des écrits de Pierre Legendre : aspects mythologiques, juridiques et symboliques », *Recherches familiales*, vol. 7, no. 1, 2010, p. 77.

²³⁴ Pierre LEGENDRE, *Leçons VI, Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1992, p. 304.

²³⁵ Pierre LEGENDRE, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2^{ème} éd., 2004, p. 106.

²³⁶ Sur le « principe généalogique », v. Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission, Leçons IV, op. cit.*

²³⁷ Éric MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant » Communication au VI^{ème} congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, juin 2005. HAL / halshs-00009961

modalité d'existence du droit »²³⁸. Il n'existe donc pas un lieu neutre d'où l'on peut parler de l'identité en mettant de côté un système de valeur qui s'est construit en grande partie d'une manière inconsciente. Il serait naïf de croire en un métadiscours distinct du langage juridique prescriptif et qui échapperait aux idéologies qui sont « quelque chose dans *quoi* les hommes habitent et pensent »²³⁹. **Fort de ce constat qui tient compte des effets et usages des discours, la première finalité de la thèse est donc d'avoir une compréhension du monde social et culturel dans lequel se déploie notre système juridique d'identification des personnes.**

En second lieu, il s'agit d'expliquer que l'identité de la personne est ni le résultat de la volonté d'un sujet, ni un donné naturel, l'un ou l'autre enregistrés par une administration, mais qu'elle est un produit psychique, fabriqué par des montages juridiques complexes et par un jeu de représentations plus ou moins fantasmées et/ou refoulées : l'identité juridique de la personne humaine ne résulte pas seulement de l'état civil, elle est un construit d'éléments objectifs et subjectifs plus ou moins conscientisés par la personne. **Notre travail consiste à montrer que l'identité, nécessaire à tout système juridique, doit reposer sur des critères respectueux des droits fondamentaux car certains éléments qui servent à catégoriser des populations, comme la différence entre les sexes, les genres ou l'orientation sexuelle, conduisent à des systèmes disciplinaires et répressifs.**

III. L'organisation de la recherche

La composition d'une recherche interdisciplinaire est loin d'être une évidence. Lorsqu'il s'agit du plan, on pense le plus souvent à une répartition harmonieuse et équilibrée des masses d'analyses, en dosant avec soin tous les éléments pour assurer une bonne lisibilité²⁴⁰. Mais là encore, il s'agit du choix subjectif d'une esthétique et d'une articulation.

²³⁸ Ainsi que l'expliquent Vincent FORRAY et Sébastien PIMONT dans leur ouvrage *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017, p. 53.

²³⁹ Paul Ricoeur, *Du texte à l'action*, Seuil 1986, p. 309

²⁴⁰ Selon Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », in *AJDA* 2011, p. 473. V. également Jean-Pierre RELMY, « Le plan en deux parties et deux sous-parties », in Jean-Pierre Relmy et Benjamin Lévy (dir.), *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, pp. 73-81.

L'identité s'emploie avec deux pronoms : elle sert à dire ce que *je* suis mais elle résulte aussi de ce *nous* sommes. Mon identité fait de moi un sujet unique. Mais l'identité se construit aussi dans un cadre social, à travers la famille, l'environnement humain, l'entreprise, la région, les institutions, l'État : identité masculine, féminine, transgenre, intersexuelle, familiale, professionnelle, régionale, nationale ... L'identité de la personne humaine est source de questionnements qui renvoient à une dialectique²⁴¹ entre l'individuel et le social. Le *je* et le *nous* serviront de pivot à notre étude.

« Mon » identité juridique renvoie d'abord à la personne, à ce que *je* suis et ce qui me différencie des autres. Or, autour de ce petit mot de deux lettres, « *Je* », gravitent différents termes et un grand nombre de conceptions du sujet plus ou moins équivalentes dans l'usage ordinaire²⁴². Les théories juridiques du droit dans leur grande majorité restent fidèles à la conception kantienne²⁴³ d'un sujet conscient de soi, doté d'une autonomie de la volonté, et conduisent à une ontologie formelle de l'identité²⁴⁴. L'approche freudienne nous permet

²⁴¹ Une telle dialectique expérimentée depuis l'antiquité comme méthode de raisonnement (d'après Platon, elle oppose deux manières de voir un objet et s'apparente au dialogue qui permet une progression grâce à la confrontation), consiste à mettre en évidence des contradictions et à chercher à dépasser des rapports de tension.

²⁴² *A priori*, quoi de plus familier, plus proche, plus évident que ce « je », ce « moi », qui désigne une réalité intérieure composite indicible. « Je » est doté d'un caractère, d'un tempérament, d'humeurs ; il joue, il ment, il fait semblant, il donne une image, il est pris dans un jeu de glaces infini. Source d'une vraie gerbe sémantique (ego, sujet subjectivité, individu, individualité, personne, etc.), qui donne l'impression de synonymie, il articule des liens, recouvre des enjeux, comme celui de l'altérité, qui joue un rôle essentiel et constituant, in Pierre AUREGAN, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Ellipses, Culture et histoire, 1998, pp. 5 à 17.

²⁴³ Une grande partie de la doctrine juridique française, mais aussi l'école normativiste, restent attachées à la figure du sujet kantien, qui se sert de son propre entendement, qui se gouverne lui-même, et pour qui le discours de la raison et la voix de la conscience sont en résonance. Selon Emmanuel Kant, l'autonomie désigne « la propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi » (in Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., Ak IV, p. 447), nous ne sommes pas libres en fonction de circonstances, au regard de contextes : l'autonomie est un combat qui vise à relativiser la puissance des désirs sensibles, nous sommes libres des sollicitations extérieures et quelles que soient les causes sociales qui prennent part à nos comportements, il nous incombe de ne pas chercher en dehors de nous-mêmes les raisons d'une aliénation, nous demeurons responsables de toutes nos actions, in Michaël FOESSEL, « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, vol. tome 414, n° 3, 2011, pp. 341-351.

²⁴⁴ Pierre Bourdieu indique cependant qu'une science rigoureuse du droit « s'arrache d'emblée à l'alternative qui domine le débat scientifique à propos du droit, celle du formalisme, qui affirme l'autonomie absolue de la forme juridique par rapport au monde social, et de l'instrumentalisme, qui conçoit le droit comme un reflet ou un outil au service des dominants », in Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, De quel droit ?, septembre 1986, p. 3.

d'entrer dans les profondeurs du psychisme, elle réfute l'idée que l'identité peut se ramener à un acte de volonté car l'hypothèse de l'inconscient sape l'idée d'un sujet libre et l'identité se constitue autour de désirs refoulés. L'identité ontologique de la personne humaine diffère pour le juriste et pour le psychanalyste dont les discours dissonent parfois **(Première partie)**.

L'identité juridique est également un produit social. En même temps que je dis « je » pour m'identifier, je dis aussi « nous » car l'identité me renvoie aussi à de nombreux groupes d'appartenance, et à une généalogie complexe. L'identité suppose une « relation juridique »²⁴⁵ au sein d'un groupe qui nomme et localise les personnes dans le temps - dans une chaîne d'individus - et dans l'espace. L'identité n'est plus considérée comme un ensemble de données objectives propres à la personne. Elle est instituée : elle permet littéralement de « tenir debout ». C'est un ordre culturel, juridique et symbolique. C'est cet échafaudage précaire et discutabile que nous chercherons à décrire **(Deuxième partie)**.

²⁴⁵ Sur l'importance des rapports de droit, v. Emmanuel JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, *op.cit.*

Première Partie :

L'identité ontologique

de la personne humaine

« Qui suis-je ? » Une question à la fois terriblement banale et absolument redoutable. Sans aucun doute, la personne qui se pose cette question a-t-elle un prénom et un nom et est-elle titulaire d'une carte d'identité ; mais ces appellations, ces inscriptions identitaires, et toutes les indications enregistrées à son état civil ne permettent pas pour autant de cerner ce qui constitue son identité. Autour de cette question vertigineuse d'apparence convenue et qui peut prêter à sourire, gravitent nombre de notions problématiques.

L'entreprise de connaissance est d'autant plus délicate que le droit a construit sa conception juridique de la personne humaine essentiellement sur une approche kantienne de l'autonomie du sujet et ne tient pas compte notamment des travaux de Freud qui rompt avec l'idée d'une unité de la conscience, et montre que la personne « n'est pas maître dans sa propre maison »²⁴⁶. La personne humaine en droit n'est pas la personne de la psychanalyse²⁴⁷. Le juriste conçoit en effet la personne humaine comme un être libre, conscient de « qui il est », titulaire de droits qui lui sont propres, mais à la fois, il reconnaît qu'elle est limitée, asservie dans maints aspects de sa vie, enchâssée dans une profusion de croyances²⁴⁸, de règles et de normes : « L'homme est né libre et partout il est dans les fers »²⁴⁹. La psychanalyse renverse l'affirmation de Jean-

²⁴⁶ Sigmund FREUD, *Introduction à la psychanalyse*, (1922), Payot 1961, p.266.

²⁴⁷ Cf. Franck CHAUMON, « Le sujet du droit n'est pas le sujet de la psychanalyse », in *Droit et abus du droit, VST-Vie sociale et traitements*, Érès, 2004/4, n° 84, pp. 24-28.

²⁴⁸ Didier Eribon indique que « les individus et les groupes sont produits comme des sujets assujettis par de multiples formes de domination, ce qu'il appelle les « verdicts sociaux », in Didier ERIBON, *Écrits sur la psychanalyse*, Fayard, Histoire de la Pensée, 2019, 4^{ème} de couverture. 304 p.

²⁴⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU (1712-1778), *Du contrat social*, Préambule (1762).

Jacques Rousseau en partant du postulat que l'homme n'est pas libre mais qu'il peut le devenir. Le travail analytique part de la supposition que la personne est dans un « rapport non impossible à la liberté »²⁵⁰. Tout en considérant que l'être humain se construit à partir d'un inconscient qui par définition lui échappe, la psychanalyse l'accompagne dans sa recherche identitaire et existentielle.

Les conceptions de la personne en droit et en psychanalyse sont donc apparemment bien distinctes, et on peut penser dès lors que la manière d'appréhender ce qu'est l'identité de la personne humaine est pensée à l'inverse dans ces deux champs de savoir. Concepts et pratiques forgés par les deux disciplines entrent en collision à deux niveaux puisque la personne peut se connaître à travers sa manière de penser mais aussi de percevoir son corps.

Au fond, tout commence avec la conception que l'on retient de la personne comme être pensant. L'énigme de l'identité dépend des éléments constitutifs de la personne et de la manière dont elle organise le « récit de soi ». Sommes-nous le résultat de notre conscience²⁵¹ ou de notre inconscient ? Nos actes sont-ils le produit de notre volonté ou le résultat de nos pulsions²⁵² ? Et en même temps, l'identité est implantée dans notre corps auquel elle est indissolublement liée. Le corps est l'interface qui nous permet de nous connaître. Psychisme et corps sont d'un même tenant²⁵³.

²⁵⁰ Alain DIDIER-WEIL, « Psychanalyse et droit de l'homme », *Revue Insistance*, Érès, 2010/1, n°4, pp. 27-34.

²⁵¹ Cf. Dominique LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1993, 574 p. Dans la préface, Gérard Cornu évoque « la conscience vue avec les yeux de l'intérieur », p. XXI.

²⁵² Le savoir psychanalytique nous apprend par exemple que les pulsions (dont le « ça » est le réservoir), sont la part innée de l'inconscient (la part acquise étant constituée par les désirs refoulés), et marquent sans doute le mieux l'inséparabilité du corps et du psychisme, in Christian GODIN, Gilles-Olivier SILVAGNI, *La psychanalyse pour les Nuls*, First, 2012, p. 237.

²⁵³ Le droit prend cette interaction en compte de manière particulièrement claire dans la création de la notion de *harcèlement* au sein du Code pénal. Le titre II du livre II du Code pénal (partie législative), traite des atteintes à la personne humaine, et plus spécifiquement le chapitre III intitulé « des atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne ». Au sein de ce chapitre, sont traités le harcèlement sexuel réprimé par l'article 222-33 qui le décrit en ces termes : « Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers », et aussi le harcèlement moral, incriminé par les articles 222-33-2 à 222-33-2-2 du Code pénal.

L'identité juridique d'une personne humaine ne correspond donc pas à un donné objectif stocké sur une carte magnétique, c'est le sentiment d'être soi, qui « recouvre l'ensemble exhaustif des traits caractéristiques constitutifs d'un individu particulier »²⁵⁴, tant physiques que psychiques. Se manifestant de manière sous-jacente dans les textes juridiques²⁵⁵, l'identité résulte de la conception que l'on retient de l'être pensant (Titre 1). Elle est aussi le produit de l'expérience du corps (Titre 2).

²⁵⁴ Diane DELALANDE, « L'identification juridique sous l'influence de l'identité personnelle », in Géraldine Aïdan, Émilie Debaets (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, p. 259.

²⁵⁵ On peut citer par exemple l'article 61-5 du Code civil qui prend en compte la demande de changement de sexe à l'état civil d'une personne ; personne qui doit expliquer ce changement de soi en démontrant « par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente », ce qui implique que son ressenti psychique, son sentiment, est pris en compte par le droit, même s'il lui reste à démontrer la légitimité de la demande formulée, par « une réunion suffisante de faits » tangibles dont les fondements et l'appréciation sont par ailleurs source d'interrogations.

Titre I

L'identité de la personne humaine comme un produit psychique

Selon Victor Hugo, « le corps humain pourrait bien n'être qu'une apparence. Il cache notre réalité. Il s'épaissit sur notre lumière ou sur notre ombre. La réalité c'est l'âme. À parler absolument, notre visage est un masque. Le vrai homme, c'est ce qui est sous l'homme. Si l'on apercevait cet homme-là, abrité par cette illusion qu'on nomme la chair, on aurait plus d'une surprise. L'erreur commune, c'est de prendre l'être extérieur pour l'être réel »²⁵⁶. L'identité de la personne serait donc à rechercher dans les profondeurs de l'être. C'est tout le paradoxe de la réponse à la question « qui suis-je » qui peut conduire à une réponse immédiate en présentant des papiers d'identité mais qui nécessite aussi une enquête au plus profond de nous-mêmes. Alors que la carte d'identité d'un homme comprend les mentions de taille, d'âge, de couleur des yeux et de sexe, celui-ci peut se sentir et se penser femme et obtenir, selon les conditions énumérées par l'article 61-5 du code civil, un changement d'identité de sexe à l'état civil.

Cette prise en compte de la complexité de l'identité de la personne comme être pensant par la loi et sa mise en œuvre par le juge soulèvent de nombreuses questions. La pensée est en effet loin de constituer une activité psychique rationnelle. Le même homme, particulièrement sportif, qui se pense femme, peut aussi considérer qu'il ne « fait pas son âge ». Si l'on peut estimer qu'il obtiendra peut-être un changement de sexe à l'état civil, obtiendra-t-il pour autant la modification de sa date de naissance sur ses documents d'identité ? Une telle demande serait-elle délirante ? Jusqu'où cette personne « qui doute, qui entend, qui conçoit, qui affirme, qui

²⁵⁶ Victor HUGO, *Les travailleurs de la mer*, t. I, Nelson, 1935, p. 147.

veut, qui ne veut pas, qui imagine aussi et qui sent »²⁵⁷, peut-elle voir son identité juridique modifiée ?

L'identité juridique de la personne comme produit psychique conduit inmanquablement à interroger la conception du sujet. À cet endroit, droit et psychanalyse semblent s'opposer : ces savoirs envisagent la personne à travers les notions de conscience²⁵⁸, de conscient, d'inconscient, de discernement, d'intention, de volonté, de consentement, et ces concepts divergent de sens dans les deux disciplines, même s'ils ne se heurtent pas systématiquement ou frontalement. Les éléments constitutifs de l'identité psychique sont énigmatiques, autant comme savoirs que comme phénomènes (Chapitre I). Pour déchiffrer cette énigme, la personne se raconte et cette narration complexe constitue un outil fondamental d'élucidation de son identité (Chapitre II).

²⁵⁷ René Descartes, dans sa deuxième méditation marque le passage d'une métaphysique fondée sur la nature et le divin, à une métaphysique de la subjectivité où toute représentation du monde est désormais constituée à partir du sujet pensant. Il écrit : « Par le mot de pensée, j'entends tout ce qui se fait en nous de telle sorte que nous l'apercevons immédiatement par nous-mêmes. C'est pourquoi non seulement entendre et voir, mais aussi sentir est la même chose ici que penser », in René DESCARTES, *Principes de la philosophie*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1966, partie I, § 9, p. 574.

²⁵⁸ Sigmund Freud dissocie la conscience de la pensée, parce que le conscient et le psychisme ne coïncident pas : le conscient n'est qu'une faible partie.

Chapitre I

Les concepts énigmatiques de l'identité psychique

Accepter que l'identité d'une personne puisse dépendre de ce qu'elle pense d'elle-même soulève de grandes difficultés²⁵⁹. Cette subjectivisation de l'identité oblige à préciser les éléments sur lesquels elle repose. Traditionnellement, les juristes considèrent le sujet comme un être volontaire, conscient de ces actes, selon un modèle d'inspiration kantienne²⁶⁰. Les concepts de volonté, de consentement, de conscience ou d'intention sont habituellement mobilisés par le législateur et par la doctrine.

Mais ces concepts ne semblent que partiellement utiles pour tenter de saisir le processus par lequel une personne pense son identité. Parce qu'elle se manifeste d'abord au plus profond de soi, l'identité s'inscrit dans le magma fondateur de l'être. Et la psychanalyse explique : pas de conscience sans inconscient. Pas de volonté sans désir. Pas d'intention sans pulsion. La subjectivisation juridique de l'identité bouleverse nos représentations et entraîne un choc des disciplines qui oppose leurs concepts. Et le savoir psychanalytique crée de nouvelles zones d'ombre, car si la volonté est souvent introuvable sur un divan, l'inconscient est aussi problématique. Au mieux, il se devine. L'énigme de nos identités est en lien avec l'énigme des concepts juridiques et psychanalytiques que l'on doit mobiliser pour tenter de mettre au jour ce qui nous constitue, car selon les termes retenus, se donnera à voir une personne, ou bien une autre. Le remplacement des concepts du droit par ceux de la psychanalyse ne peut avoir lieu.

²⁵⁹ Gilda NICOLAU, « Vers une subjectivation de l'identité. Introduction », in Géraldine Aïdan, Émilie Debaets (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 243.

²⁶⁰ Sur l'héritage et le retour à Kant par la philosophie et la théorie du droit, voir Simone GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit moderne*, PUF, Thémis, 1997.

Le droit et la psychanalyse appréhendent l'identité psychique, à travers des conceptualisations dont la conjonction est contrariée par un sérieux antagonisme (Section I), le concept d'inconscient est toutefois recevable en droit (Section II).

Section I

La difficile circulation des concepts entre disciplines

La première difficulté lorsque l'on aborde la question de l'identité de la personne, sous l'angle du droit et de la psychanalyse est la différence importante des concepts mobilisés par chacune de ces deux disciplines qui disposent de leurs propres outils pour penser²⁶¹. Il semble que chaque savoir construise sa propre langue avec ses catégorisations, qu'il ait sa manière de construire des représentations mentales et de proposer une uniformisation du réel. Deux manières de penser la subjectivisation de l'identité apparaissent. D'un côté, celle des juristes qui analysent le processus de construction identitaire en se demandant si les personnes veulent vraiment telle ou telle modification de leur identité et évaluent cette demande subjective en s'assurant de sa conformité au système juridique. De l'autre, celle des psychanalystes qui écoutent la souffrance engendrée par une crise identitaire en essayant d'interroger l'économie inconsciente dans laquelle elle se déploie.

Mais la comparaison procédurale entre ces deux formes de savoir ne peut se réduire à constater que chaque discipline effectue un recentrage de son objet, avec chacune ses mécanismes. Et il ne faut pas occulter les rapports de pouvoir qui accompagnent les relations de savoir. L'influence de la psychanalyse est susceptible de troubler la limpidité des concepts juridiques et de modifier leur compréhension, avec le risque de gripper leur mécanisme²⁶². Car au

²⁶¹ Claude PANACCIO, *Qu'est-ce qu'un concept ?*, Vrin, Chemins philosophiques, 2011, p. 7.

²⁶² Selon la formule de Norbert Rouland qui estime qu'il est « imprudent de tordre un concept : comme une mauvaise pièce, il peut gripper un mécanisme », in Norbert ROULAND, « Les statuts personnels et

détriment d'une confrontation dialectique dynamique et cohérente, non seulement les concepts juridiques et psychanalytiques qui visent à l'identification de la personne humaine à travers la reconnaissance de son identité psychique, apparaissent antinomiques (I), mais ils se trouvent pris dans un jeu de frontières (II) qui ne facilite pas la réflexion transdisciplinaire.

I. Une antinomie conceptuelle tangible

Si l'interdisciplinarité est souvent promue dans le cadre de discours de politique scientifique²⁶³, la pratique est souvent plus délicate. La confrontation du savoir juridique et de la psychanalyse prend vite la forme de deux discours qui se contredisent en proposant des hypothèses et des idées qui ne peuvent pas s'articuler. Même s'il peut arriver que certains termes soient partagés par les deux savoirs, ils ne désignent pas la même chose en droit ou en psychanalyse. Ils revêtent un sens très différent et peuvent être sources de complets malentendus. Un essai de convergence semble conduire à l'impasse. Les concepts avancés par le droit ou par la psychanalyse présentent des caractères antagoniques et chaque discipline peut montrer à sa communauté les pièges et les fictions des outils de pensée mobilisés par l'autre discipline. Nous essaierons de comprendre les fondements de cette antinomie (A) pour mieux analyser comment ces deux formes de savoir ont construit des concepts différents (B).

A. Les fondements de l'antinomie

La manière antinomique dont les savoirs juridique et psychanalytique abordent la question de l'identité s'explique du fait de l'histoire de ces disciplines, de leurs finalités différentes mais aussi du fait de l'anti-juridisme d'auteurs comme Pierre Legendre, qui ont plus participé à la construction de frontières qu'à leur effacement.

les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la constitution*, Economica, 1999, pp. 145-226.

²⁶³ Cf. par exemple les efforts de la Mission justice pour favoriser les projets interdisciplinaires ; pour une critique de l'interdisciplinarité, voir l'article de Jérôme Bourdon, « L'interdisciplinarité n'existe pas », in la revue *Questions de communication*, 2011, n°19.

Tout d'abord, il est important de rappeler que, si le droit et la psychanalyse produisent des concepts très différents pour comprendre la construction identitaire de la personne, c'est que leurs histoires respectives s'inscrivent dans des contextes sociaux, politiques et culturels opposés.

Sans trop rentrer dans les méandres de l'histoire, nous pouvons rappeler que notre système juridique est issu de l'héritage de la Révolution française portée par l'idéal du siècle des lumières, qui aspirait à améliorer le sort de l'Homme au sein d'un monde rationnel. Lorsque se concrétise dans le Code civil le droit des personnes, ce droit n'est pas la préoccupation majeure du législateur. Il s'emploie à fonder un système économique libéral et un système politique ordonné. Il débarrasse la personne humaine de sa matérialité. Sur le terrain politique, elle est un citoyen, un propriétaire capable de contracter, elle est responsable de ses actes. Dans ce contexte, l'identité est d'abord une question d'état-civil, c'est-à-dire une manière pour l'État d'organiser la vie civile et de permettre la diffusion d'un nouveau droit codifié. L'identité de la personne est donc au service de la puissance publique, elle-même gardienne de la bonne organisation de la société patriarcale.

Le contexte dans lequel la psychanalyse apparaît est radicalement différent. Un siècle plus tard, la réalité matérielle et économique est devenue particulièrement dure du fait de l'industrialisation de la société européenne. Le citoyen abstrait n'incarne plus un modèle car la Révolution a principalement profité à la classe bourgeoise. Le 19^{ème} est un siècle de misère, de ruines accumulées, de révoltes, de violence, la technologie se développe, l'industrialisation prend son essor, le monde devient difficilement pensable, et au centre de cette accélération sociale, l'être humain se heurte à des impasses, il est perdu, plongé dans un désarroi général qui anéantit ses certitudes. La névrose²⁶⁴ est un produit de la fin de ce siècle. La pulsion de mort²⁶⁵

²⁶⁴ La psychanalyse est née à la suite de l'étude des névroses qui sont des signes de dysfonctionnement psychique. Elles résultent du conflit psychique inconscient dû au refoulement des désirs et des pulsions, et se manifestent par toute une série de symptômes, eux-mêmes formations de compromis entre ce qui est refoulé et ce qui cherche quand même à s'exprimer. Les deux grands types de névroses sont l'hystérie et la névrose obsessionnelle. V. aussi « névrose » note n° 299.

²⁶⁵ La psychanalyse nous apprend que les pulsions constituent l'inconscient primitif présent chez l'individu dès sa naissance. Elles revêtent une dimension à la fois psychique et physiologique. Caractérisées par leur dynamique impérieuse, elles se fixent sur un objet et ont pour but d'abolir un état d'excitation. Après la guerre de 1914-1918 qui provoque un choc psychologique profond, Sigmund Freud est confronté aux névroses de guerre, il comprend l'existence de « pulsions de vie » (notamment

n'est pas non plus étrangère à cette époque de profonde dépression sociale, qui va basculer dans la première guerre mondiale, un massacre sans nom où les pères expédient leurs fils au front.

Au début du 20^{ème} siècle, Sigmund Freud pense que l'on peut être libre, et que cette liberté ne s'origine pas dans un État qui broie les gens ; elle est à rechercher dans l'intériorité individuelle. La psychanalyse va donc se déployer dans un contexte de méfiance envers l'État, alors que l'individu est en perte de repères : il n'est plus une unicité parfaite, il est multiple, c'est l'individu nietzschéen dont l'activité intellectuelle est en partie inconsciente, sans qu'il en ait seulement la sensation. Le cœur de la philosophie de Nietzsche est la critique des illusions de la conscience²⁶⁶ ; une critique qui annonce les travaux de Sigmund Freud. D'autres philosophes comme Eduard von Hartmann qui nomme Inconscient ce que son compatriote Arthur Schopenhauer appelle Volonté, vont dans le même sens : une sorte de flux traverse l'être humain sans qu'il en ait connaissance. Sigmund Freud s'inscrit dans l'héritage des sciences, de la philosophie et de la littérature de son époque²⁶⁷, il pense la psychanalyse à partir de ce malaise omniprésent²⁶⁸, il comprend que l'inconscient est une réalité - et non un état - et que la question n'est plus de penser l'individu pour construire l'État, mais plutôt de façonner un homme nouveau, plus libre au regard de ce qui le dirige inconsciemment.

Issus de contextes différents, les concepts juridiques et psychanalytiques ne pouvaient se déployer qu'en suivant des trajectoires contradictoires, d'autant plus que leur finalité pratique est tout aussi opposée. Alors que le droit règle principalement des contentieux entre des personnes, la psychanalyse se préoccupe de conflits intérieurs. Les techniciens du droit

les pulsions sexuelles) et des » pulsions de mort » (l'agressivité est la manifestation la plus immédiate), à la fois contraires et mêlées. Les interdits sociaux, les censures intérieures, les refus opposés par autrui et la réalité du monde entravent la satisfaction des pulsions qui sont alors refoulées ou sublimées. V. aussi plus de manière plus complète, « pulsions », note n° 455.

²⁶⁶ Cf. Friedrich NIETZSCHE, *Œuvres philosophiques complètes, VII : Par-delà bien et mal - La Généalogie de la morale*, Gallimard, Œuvres philosophiques complètes, 1971, 416 p. ; V. aussi Patrick WOLTING, *La pensée du sous-sol*, Allia, 2016, 112 p.

²⁶⁷ On pense notamment à Victor Hugo, Alphonse de Lamartine, Gustave Flaubert, et bien d'autres auteurs s'interrogent sur ce qu'est l'individu, l'intérieur du « moi ». Marcel Proust, Robert Musil, James Joyce le déconstruisent comme un être divisé, pluriel, extrêmement hétérogène. Émile Zola dépeint un univers où l'individu qui n'a rien d'abstrait, doute, s'inquiète, souffre ... il n'est plus un surhomme. Franz Kafka montre des gens aliénés pris dans des machineries labyrinthiques absurdes et qui n'y comprennent plus rien, au point d'accepter la mort dans une atmosphère cauchemardesque²⁶⁷ faite de solitude, de peurs, de complexes.

²⁶⁸ Cf. Sigmund FREUD, *Le malaise dans la civilisation*, Seuil, Points, Essais, 2010, 185 p.

n'avaient pas besoin d'approfondir le concept de personne et de prendre le risque d'errer dans des questionnements sans fin²⁶⁹. Car s'il est vrai que l'exégèse du Code civil donne lieu à des désaccords violents tournant parfois à l'affrontement²⁷⁰, les controverses ont lieu sur un terrain relativement technique. Beaucoup de commentaires analysent le droit des successions, le droit des obligations et les questions afférentes au droit de propriété ; les problèmes d'identité sont très peu abordés, si ce n'est sous l'angle du droit pénal qui sanctionne l'usurpation d'identité. Il y a même l'idée que l'effort de conceptualisation est vain et que la réflexion sur l'identité doit se ramener à une simple affirmation. Comme l'explique Lucien Sève, la personne est « une réalité trop complexe pour s'énoncer dans un concept (...). Si Dieu lui-même se définit dans la Bible en trois mots : “ Je suis Celui qui est “, pourquoi la personne ne pourrait-elle en faire autant ? »²⁷¹.

Dès ses débuts, la psychanalyse ou « psychologie des profondeurs »²⁷² a pour finalité de répondre à la souffrance des personnes. Elle gagne rapidement une étonnante extension, les épigones prospèrent, issus de différents schismes et dissidences. La psychanalyse étudie et dévoile une réalité empirique qui nécessite de nouveaux concepts car elle a pour objet ce qu'elle nomme l'« inconscient », une « chose » non observable directement, et dont l'existence se traduit par des effets involontaires (des comportements, des rêves, des mots prononcés). Ce travail de conceptualisation s'accompagne de controverses violentes²⁷³, qui cependant débordent rarement du terrain psychanalytique.

Enfin, pour comprendre pourquoi le droit n'a pas puisé largement dans les concepts de la psychanalyse et inversement, il faut tenir compte des stratégies des acteurs du débat sur l'identité de la personne. Si la sociologie et l'économie ont pu bénéficier des travaux d'auteurs

²⁶⁹ Sur ce relatif désintérêt dans l'histoire de la doctrine juridique sur le concept de personne, Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public, Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 16.

²⁷⁰ Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2003, pp. 72 à 92.

²⁷¹ Lucien SÈVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, Philosophie, 1994, p. 23.

²⁷² Selon l'expression initialement forgée par le psychiatre suisse Eugen Bleuler (1857-1939).

²⁷³ Dès le début de l'histoire de la psychanalyse, les dissidences et les ruptures sont aussi importantes que les ralliements. Sigmund Freud occupe une place centrale, mais Alfred Adler et Carl Gustav Jung, après avoir partagé les principales idées freudiennes, rompent pour mener chacun leur propre chemin. Otto Rank et Sandor Ferenczi se séparent également des « freudiens orthodoxes » sur différents points. Le seul « noyau dur » est la reconnaissance de l'existence et de la puissance de l'inconscient.

qui ont établi des chemins vers le droit²⁷⁴, rares sont les auteurs qui ont tenté un tel exercice pour permettre un nomadisme des concepts de la psychanalyse vers le droit. Parmi eux, on trouve bien-sûr Pierre Legendre et son œuvre monumentale, mais il faut reconnaître que l'entreprise de cet historien du droit a plus trahi les juristes, qu'elle n'a donné de points de passage pour ouvrir la voie de l'interdisciplinarité à des générations de juristes et de psychanalystes. En adoptant une grille essentiellement lacanienne centrée sur le langage, Legendre se sert essentiellement de la psychanalyse à la fois comme d'un puissant décapant du discours doctrinal et comme d'un bouclier protecteur de l'ordre patriarcal et des généalogies traditionnelles. Les raisons ne manquent pas aujourd'hui pour inciter le juriste à se détourner d'une lecture de Legendre qui aboutirait à dissoudre le droit dans la psychanalyse puisque cet auteur disqualifie tout savoir juridique. D'aucuns diront qu'il est tout simplement inutile de vouloir se servir des textes de Legendre qui s'emploie depuis une vingtaine d'année à saper toute pensée juridique sur l'identité.

Il existe donc de solides obstacles à la circulation des concepts d'une discipline à l'autre. Entre ceux qui souhaitent en découdre avec la discipline adverse et ceux qui préfèrent rester dans le giron de la leur, le dialogue n'a pas eu lieu et ces deux formes de savoirs qui ont connu des histoires séparées. En détournant une phrase Bourdieu, on pourrait écrire qu'entre les juristes et les psychanalystes, « il y a tout l'écart entre deux modes de production et de reproduction du savoir et, plus largement, entre deux systèmes de valeurs et deux styles de vie ou, si l'on veut, entre deux manières de concevoir l'homme accompli »²⁷⁵. S'il existe des recoupements dans le champ lexical, les manifestations de l'antinomie conceptuelle sont significatives et nombreuses.

B. Les manifestations de l'antinomie

Sur le terrain conceptuel, les rapports de la doctrine juridique à la psychanalyse sont contradictoires : d'une part, chaque discipline semble avoir forgé ses propres concepts pour rendre compte de son réel, d'autre part, ces concepts semblent avoir été construits en opposition au point où l'on pourrait considérer que l'appréhension de la psychanalyse quant à l'identité de la personne est l'antithèse de

²⁷⁴ Il existe depuis Durkheim, Duguit et Hauriou, une longue histoire de la sociologie juridique. On peut aussi évoquer les travaux issus de l'analyse économique du droit qui irrigue largement les travaux des juristes comme ceux de l'économie.

²⁷⁵ Cf. Pierre BOURDIEU, *Homo academicus*, éd. Minuit, 1984, p. 82.

celle des juristes. Au regard de cette antinomie, il est dès lors difficile d'expliquer les ressorts de la construction identitaire puisque là où les juristes parlent de volonté, les psychanalystes montrent la puissance de l'inconscient (1). Et lorsque l'on mobilise en droit d'autres concepts comme ceux d'intention (2) ou de consentement (3), on trouve toujours leur contraire en psychanalyse.

1°) L'opposition volonté/inconscient.

L'opposition volonté/inconscient est l'exemple le plus manifeste de cette antinomie. On sait quelle impressionnante consommation fait notre culture juridique de la libre volonté du sujet²⁷⁶. Ce concept irrigue toutes les définitions classiques des actes juridiques²⁷⁷ et de la responsabilité. Dans cette perspective, si la construction identitaire dépend de l'autonomie de la volonté d'une personne, cette construction doit être analysée comme le fruit d'un choix conscient, en fonction de motifs théoriquement rationnels et de la capacité de cette personne. Le choix de son identité est ramené à un acte libre, éminemment personnel. Cet acte est à la fois le fruit d'une pensée indépendante, c'est-à-dire qui n'est pas sous l'influence de tiers, sans aucune coercition, et en même temps d'une pensée autonome, qui n'est tributaire ni des « instincts », ni de la spontanéité du désir ou des pulsions inconscientes.

À l'opposé, un psychanalyste se garde d'analyser les actes de l'un de ses patients en termes de volonté. Il sait depuis Nietzsche que « la théorie de la volonté a été inventée à des fins de châtiments, c'est-à-dire par désir de trouver coupable »²⁷⁸ et que la volonté n'est qu'une reconstruction fictive pour déterminer dans un ensemble complexe, qui a agi. La construction identitaire se situe dans l'arrière-cours, comme un produit de ce qui a été refoulé et qui constitue notre inconscient. La psychanalyse montre que les personnes qui posent des choix apparemment logiques, et semblent exprimer une volonté claire, nette et rationnelle, sont toutes sujettes aux pulsions, aux refoulements, aux transferts, aux inhibitions, aux résistances psychiques, et pour

²⁷⁶ Cf. la thèse d'Emmanuel GOUNOD, qui est considérée comme une œuvre classique : *L'autonomie de la volonté en droit*, Dijon 1912.

²⁷⁷ Cf. l'article de Pierre HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Maury*, vol.2, Dalloz 1960, p. 419 et s.

²⁷⁸ Friedrich NIETZSCHE, *Crépuscule des idoles*, Gallimard, Folio Essais, 1974, p. 64.

un certain nombre, très probablement à toute une série de névroses²⁷⁹ ou même de psychoses²⁸⁰ pas toujours identifiées, dont les incidences vont de la plus ténue à la plus lourde en matière d'exercice de la volonté dont la transparence semble très illusoire, tout comme la motivation profonde des décisions et des choix qui s'ensuivent. Kierkegaard nous a prévenu : « L'instant de la décision est une folie »²⁸¹.

Il y a donc deux conceptions opposées qui traduisent deux réalités différentes. On peut bien sûr être tenté d'accentuer la contradiction en expliquant notamment la viduité du modèle juridique en expliquant que la doctrine a fabriqué un sujet rêvé qui suppose les individus dans leur ensemble *a priori* pétris de bon sens dans leur confrontation quotidienne aux faits et à la pratique juridique²⁸², adoptant pour la plupart des comportements volontaires, parfaitement

²⁷⁹ Les névroses et les psychoses sont au désir ce que respectivement la délinquance et la criminalité sont à la loi (*in* Christian GODIN, Gilles-Olivier SILVAGNI, *La psychanalyse pour les Nuls*, First, 2012, p. 177). Selon Sigmund Freud la névrose n'est pas une tare héréditaire, ni un signe de dégénérescence, ni du vice (il avait écarté trois théories médicales et philosophiques en vogue au 19^{ème} siècle, des théories qui expliquaient les troubles de la pensée et du comportement : la théorie de l'hérédité, celle de la dégénérescence et celle de la perversion) mais l'expression de conflits inconscients qui empêchent celui qui en est le sujet de vivre normalement. Il a donné un sens au terme de névrose recouvrant anciennement toute une série de maladies à la fois psychiques et physiques, et qui consiste en un dysfonctionnement des représentations et des comportements liés au refoulement, exprimé via des symptômes, consistant eux-mêmes en des compromis entre le désir et la défense. Le dictionnaire de la psychanalyse définit ainsi la névrose : « Affection psychogène où les symptômes sont l'expression symbolique d'un conflit psychique trouvant ses racines dans l'histoire infantile du sujet et constituant des compromis entre le désir et la défense », *in* Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, *op. cit.*, p. 267.

²⁸⁰ Les psychoses représentent une large gamme de maladies mentales. En psychanalyse ce terme correspond globalement à ce que le langage courant appelle « folie ». À la différence de la névrose, qui se traduit essentiellement par un mal-être qui, quelle que soit sa gravité n'empêche pas le sujet qui en est atteint de travailler et d'entretenir des relations avec autrui, la psychose se traduit par une vraie destruction de la relation à soi (tant de la conscience que l'individu a de lui-même, que de sa personnalité), par une destruction de la relation au réel (le sujet y substitue des formations délirantes), et par une impossibilité d'entretenir des relations normales avec son entourage. La psychanalyse permet de détecter et de comprendre la psychose, avec les concepts qu'elle développe, principalement celui d'inconscient, mais ne peut guérir la psychose du fait qu'elle comporte une dimension physiologique prévalente. Les trois grands types de psychoses sont la paranoïa, la schizophrénie et la psychose maniaco-dépressive.

²⁸¹ Il s'agit d'une formule de Kierkegaard qui apparaît pour la première fois dans l'œuvre de Derrida, en exergue de l'article « Cogito et histoire de la folie » de 1964 et qu'on retrouve dans un de ces derniers ouvrages des années 1990. Ainsi dans *Donner le temps, Donner la mort*, ou encore *Force de loi*, Galilée 1990.

²⁸² Or les comportements aberrants que l'on juge devant les tribunaux sont foison. Les pénalistes connaissent particulièrement celui des cambrioleurs qui laissent sur le lieu de leur forfait un *grummus merdae*, littéralement « grain de merde », qui désigne l'étron qu'ils laissent un peu comme une carte de visite. Plutôt qu'une explication physique (le stress agissant sur les sphincters), la psychanalyse y

conscients - mis à part la situation marginale de ceux qui ne disposent pas de leur plein discernement ainsi qu'il est juridiquement entendu - comptables de tous leurs actes. Le sujet de droit usuel, le *bonus pater familias*, est diligent, attentif, il coexiste en société, domine ses pulsions, canalise ses désirs, contrôle ses actions et sa situation mais un tel sujet n'existe pas dans la vraie vie, il n'est qu'une fiction.

Cette critique est d'autant plus recevable par les juristes qu'une partie de la doctrine depuis Emmanuel Gounod et Léon Duguit, connaît les limites du concept de volonté et les méandres de « l'intériorité incommensurable »²⁸³. Georges Ripert déclarait que tout motif est par nature nécessairement incommunicable si on l'envisage en la personne de qui on analyse la volonté²⁸⁴. Par ailleurs le Code civil contrôle la force de loi donnée aux volontés individuelles, et seules les volontés rationnelles, conformes à l'ordre normatif, sont protégées. L'écart entre la volonté effective et la volonté sanctionnée par le droit est important, ce n'est jamais la volonté pure de la personne que le droit entérine, ce serait tout à fait impensable, puisque la volonté humaine est par nature instable et désordonnée, capricieuse et précaire. Le règne de la volonté ne peut être « loi » car ce serait l'absence de droit. Alors le droit, vise une fiction de volonté, une volonté dont l'anarchie est rectifiée, rendue artificiellement constante, cohérente, raisonnable, c'est une volonté surveillée et encadrée par la loi qui a aucun moment ne se dessaisit de son empire.

Mais quelle que soit la réception de la critique, la doctrine reste dans sa très grande majorité attachée au concept de volonté²⁸⁵. La fonction essentielle du droit étant de lutter contre le chaos, et d'imposer l'ordre dans le désordre, le processus par lequel une personne revendique juridiquement son identité doit être analysé rationnellement, au prix de ne pas entendre la part inconsciente de la demande. Cette antinomie se retrouve lorsque l'on analyse d'autres concepts.

reconnaît une marque d'agressivité sadique-anale, le cambrioleur qui inconsciemment régresse au stade de la petite enfance, éjecte une ordure, pour exprimer son agressivité.

²⁸³ Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDCiv*, 3, Juillet-septembre 1995, p. 573.

²⁸⁴ Pierre HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome II, Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz & Sirey, 1960, p. 447.

²⁸⁵ Jean-Jacques BIENVENUE, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits n° 28 – La volonté*, PUF, 1999, p. 3.

2°) *L'opposition intention/désir*

Le concept de volonté induit d'autres concepts juridiques « clés », tel celui d'*intention*, qui en amont de l'acte volontaire, consiste en l'élaboration d'une pensée dynamique, représentative et consciente de la manifestation de volonté et de l'action ultérieures. La personne humaine, quand sa conscience se dirige vers un objet, est douée d'intentionnalité. Elle est animée par la résolution intime d'agir dans certains sens : l'intention est une « donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique »²⁸⁶. Le droit civil prend l'intention en compte dans diverses occurrences²⁸⁷, par exemple en droit des contrats, dans les avant-contrats²⁸⁸, dont le pacte de préférence²⁸⁹ et la promesse unilatérale²⁹⁰ sont des figures typiques. En matière d'identité, le juge peut se demander quelle est l'intention de la personne. S'agit-il

²⁸⁶ V. « Intention », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, p. 560.

²⁸⁷ Le Code civil, dans le titre I « Des personnes », évoque l'*intention* à différents articles. Par exemple, l'art. 103 évoque l'*intention* de « fixer son principal établissement ; l'art. 104 la preuve de cette intention par déclaration expresse ; l'art. 105 ajoute qu'à défaut de déclaration, la preuve de l'*intention* dépend des circonstances.

²⁸⁸ L'art. 1589 al. 1 du Code civil indique que « La *promesse* de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

²⁸⁹ L'art. 1123 du Code civil dispose, dans ses deux premiers alinéas que « le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'*intention* du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ». La chambre mixte de la Cour de cassation, dans un arrêt de principe du 26 mai 2006 (Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. mixte, n° 4, D. 2006, p. 1861, note Daniel Mainguy ; RTD civ. 2007, p. 550), ultérieurement confirmé (Cass. Civ. 3^{ème}, 31 janvier 2007, pourvoi n° 05-16.175 ; Jurisdata n° 037182 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 14 février 2007, publié au Bulletin, JCP G 2007, II, 10143, D. 2007 p. 2444, note J. Théron), affirme que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'annuler du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits, et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'*intention* du bénéficiaire de s'en prévaloir », ces deux conditions étant expressément cumulatives.

²⁹⁰ L'art. 1100 du Code civ., créé par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, indique que : « elles (les obligations) peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». L'art. 1124 du même code dispose que « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

éventuellement d'une intention frauduleuse²⁹¹ lorsqu'il est question de changer d'identité au moment d'un mariage ? L'intention constitue le critère d'appréciation de la licéité d'un fait ou d'un acte juridique, quand il faut en évaluer l'immoralité, ou la cause impulsive et déterminante. L'intention renvoie au motif, au mobile, à la prétention, à l'*animus* à l'origine de l'acte ou du fait juridique. L'expression de parents « d'intention » devenue familière, est fondamentale et surtout fondatrice pour que soit reconnue l'identité d'enfants nés de GPA à l'étranger, des enfants dont la filiation commence aujourd'hui, peu à peu, à être admise par l'état civil français²⁹².

Dans le domaine de la psychanalyse, le concept d'intention est rarement mobilisé car il est considéré comme la fable d'un discours sur soi. C'est un symptôme de quelque chose de beaucoup plus inquiétant : le désir. L'intention n'est jamais celle que le juriste croit connaître, systématiquement consciente, pleine, nette, plausible et intelligible. Pour le psychanalyste bien au contraire, la véritable intention peut être beaucoup moins claire qu'il n'y paraît, gouvernée par un mouvement profond lui-même agi par une excitation qui cherche une satisfaction. Il est très commun qu'une intention inconsciente soit tapie derrière l'intention consciente et

²⁹¹ Le concept d'intention est particulièrement mobilisé pour identifier l'élément moral d'une infraction, c'est-à-dire « l'attitude psychologique de l'auteur vis-à-vis des faits réprimés par la loi pénale. V. « élément moral de l'infraction », in *Fiche d'orientation*, Dalloz en ligne, janvier 2020. Cf. L'art 121-3 al. 1 C. pén. indique qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans *intention* de le commettre » ; V. aussi Crim. 2 déc. 2003, n° 03-83.008 ; Crim. 10 déc. 2002, n° 02-81.415 ; Crim. 26 nov. 2002, n°01-88.900 ; Crim. 4 juin 2002, n° 01-81.280 ; Civ. 1^{re}, 30 janv. 2001, n° 98-14.368, Cons. Const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; Crim. 25 mai 1994, n°93-85.158 ; Crim. 28 nov. 1994, n°93-85.704 ; Crim. 28 avr. 1977 ; Crim. 8 février 1977 ; Crim. 18 juillet 1973 ; Crim. 6 juillet 1934 ; Civ. 2^e, 18 décembre 1912.

²⁹² La CEDH, le 10 avril 2019 émettait un avis consultatif « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'*intention* ». Elle précisait dans un communiqué « la gestation pour autrui (GPA) désigne le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'un couple. Elle implique donc trois figures : le couple parental, désigné sous le vocable « *les parents d'intention* », la « mère de substitution », - ou mère porteuse - et l'enfant ». La Cour réunie en assemblée plénière rendait le 4 octobre 2019 dans son arrêt n° 648 (10-19.053), son verdict pour l'emblématique affaire Mennesson : elle validait la transcription à l'état civil français de la filiation d'enfants né à l'étrangers d'une mère porteuse au père biologique, ainsi qu'à la *mère d'intention* dans un couple hétérosexuel. Fidèle à cette position, elle a, par des décisions récentes, en date du 18 décembre 2019, étendu sa jurisprudence au *père d'intention*, dans le cas de couples d'hommes (arrêts n° 18-12327 et 18-11815). Les deux membres d'un couple d'homme, et pas seulement le père biologique, peuvent donc à présent être reconnus en France comme les parents d'un enfant né par GPA à l'étranger. Elle a élargi sa jurisprudence au cas d'un couple de femmes qui avait eu recours à la procréation médicalement assistée (PMA) à l'étranger pour transcrire l'acte de naissance prenant en compte la mère biologique et sa compagne (arrêt n° 18- 14751).

apparente. Le rêve, le fantasme, le lapsus en sont des manifestations qui laissent des traces de l'irruption du conscient dans l'inconscient, très révélatrices de l'intention réelle de la personne et qui surviennent « à l'insu de son plein gré »²⁹³.

Désir et intention se font donc face. Alors que l'intention se traduit par une action et poursuit une finalité, le désir n'a pas forcément d'objet réel mais implique le fantasme²⁹⁴. Il sera dès lors très difficile de connaître ce que désire une personne en matière d'identité. S'il est possible de comprendre quelle est l'intention d'une personne qui demande un changement de nom ou de sexe à l'état civil, il sera beaucoup plus difficile de comprendre à quel manque cette demande répond. Il reste que l'intention est reconstruite de toutes pièces, à la manière dont Camus le narre dans *l'Étranger* lors du procès de Meursault. Et la question se pose de savoir jusqu'à quelle strate d'intériorité, quel degré d'immatérialité les professionnels du droit sont en mesure d'identifier la structure psychique d'une personne en crise d'identité, de repérer l'intention des profondeurs, l'intention inconsciente, pour lui imputer des effets normatifs, puisque certaines causes psychiques peuvent justifier que des agissements ne soient pas imputables à leur auteur, et que d'autres encore restent cachées, indécélables. C'est toute la théorie de la cause qui se trouve subvertie car il devient difficile d'identifier l'origine des actions ou des abstentions humaines.

3°) *L'opposition consentement / emprise et perversion*

Le *consentement*, qui ne peut s'assimiler à la volonté, est une autre notion juridique cruciale et en vogue en ce moment²⁹⁵. Le mot paraît somme toute assez commun, *a priori* rassurant.

²⁹³ Les lapsus politiques sont innombrables. Un exemple : dans ses observations orales devant le Conseil constitutionnel, voulant montrer que la loi LRU n'affecterait pas l'indépendance du corps universitaire, le représentant du premier ministre, alors qu'il voulait évoquer le « corps professoral », dit en lieu et place le « corps préfectoral » (réputé pour son indépendance !). Voilà qui était, selon Alexis ZARCA qui narre l'anecdote, « une preuve freudienne pour se convaincre de la considération assez désastreuse faite en France à l'indépendance des universitaires juridiquement dénommés « enseignants chercheurs », in Alexis ZARCA, « L'égalité au service de l'indépendance. Retour prospectif sur les configurations du jury de recrutement universitaire », *RDP*, 2012 p. 4.

²⁹⁴ Cf. la conception du désir de Jacques LACAN, « Subversion du sujet et dialectique du désir dans l'inconscient freudien, in *Écrits*, Seuil, 1966, p. 814.

²⁹⁵ Cf. notamment le numéro 49 de la revue *Droits*, *La liberté du consentement*, PUF, 2009, 253 p., Xavier PIN, *La liberté de consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, PUF, *Droits*, n° 49, 2009, 252 p., Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, thèse de doctorat en droit privé, Grenoble 2, LGDJ, 2002, 736 p., Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDCiv*, 3, Juillet-septembre 1995,

Consentir est un terme fréquemment utilisé non seulement dans le langage juridique, mais aussi dans la langue ordinaire. Il signifie « accepter qu'une chose se fasse », c'est un rapport qu'une personne a au monde. Il doit, selon l'expression consacrée des juristes, être « libre et éclairé », il naît en principe de la volonté²⁹⁶. Le dictionnaire juridique Cornu définit l'action de consentir comme celle de « d'accorder des volontés en vue de créer des effets de droit²⁹⁷. Il utilise aussi les termes d'adhésion et d'acceptation par extension pour envisager les situations où une personne adhère à un acte conclu par un autre.

Juridiquement, le consentement s'exprime ou se tait, se dit ou s'interprète. Il peut être tout en extériorité et montrer sa force, sa clarté, se formuler en mots. Mais il n'est pas toujours un acte de parole, il peut être aussi tacite, implicite, muet, tout en intériorité, éventuellement en signes, en gestes. Et quand il s'inscrit dans le creux du silence, le proverbe « qui ne dit mot consent » prend une dimension redoutable puisqu'il entraîne des conséquences juridiques. La notion de consentement est mobilisée en matière d'identité notamment lorsqu'une personne se marie et décide ou non de changer de nom, lors d'une adoption ...

Que le consentement soit exprimé ou non, l'élan de ce mouvement d'approbation garde toujours une consistance complexe, car pour le psychanalyste, le consentement est « impossible »²⁹⁸. Impossible tout d'abord, car il se situe dans le rapport à soi-même, il relève de la plus grande intimité, mélange de désir et de volonté dont la vérité gît profondément dans notre inconscient qui par définition n'est pas de l'ordre de la connaissance immédiate. Savoir s'il y a accord, c'est

pp. 573-578, Michel LEVINET, Muriel FABRE-MAGNAN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Françoise TULKENS « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n° 48(2), PUF, 2009, pp. 3-58, Xavier PIN, « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », in Collectif, *La liberté de consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, *Droits*, PUF, n° 49, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 2009, pp. 83-106, Anne FAGOT-LARGEAULT, « Éthique du consentement en psychiatrie », in Claude Louzoun et Denis Salas (dir.), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Toulouse, Érès, 1997, pp. 77-83, Geneviève FRAISSE, *Le consentement*, Seuil, 2007, 150 p., Vanessa SPRINGORA, *Le consentement*, Grasset, 2020, 216 p., Alexia BOUCHERIE, *Troubles dans le consentement. Du désir partagé au viol : ouvrir la boîte noire des relations sexuelles*, François Bourin, 2019, 184 p., etc.

²⁹⁶ Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDCiv*, 3, Juillet-septembre 1995, p. 574.

²⁹⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit. p. 244.

²⁹⁸ Frédéric « Le consentement impossible ? », in revue *Clinique méditerranéenne*, 2012, n°86, pages 171 à 179

ouvrir une réflexion qui ouvre l'espace du rapport de soi à soi, plus ou moins opaque, pour explorer l'acte de consentir. Une sorte de médiation intérieure intervient, celle de la réflexion, de l'hésitation, puis de l'engagement. Ce qui fait advenir le consentement, c'est une délibération, une décision démultipliée par le rapport de soi à soi, et de soi à l'Autre. C'est un signe d'intériorité autant que d'extériorité, attaché à un moment précis. Le consentement extériorisé ou supposé demeure une affaire nouée à l'intime du sujet. S'il dit oui à un changement de nom dans le cadre d'un mariage, cette manifestation extérieure peut être un non à l'intérieur ou encore un « oui, mais » où l'affirmation est suivie d'une négation en interne. Il peut dire « oui » pour faire plaisir à l'autre, tout en étouffant son désir.

Le consentement est impossible aussi sur le terrain de la psychanalyse, car il suppose une liberté de choisir d'une manière rationnelle, qui par définition est introuvable. La liberté pour le sujet est un devenir et non un fait. C'est un processus et non une situation donnée et la personne « ne peut être comprise sans la folie »²⁹⁹. Alors que le consentement en droit est la condition de liberté³⁰⁰, le psychanalyste sait que cette liberté n'est qu'un devenir possible à la suite d'une émancipation. Et lorsque le juriste découvre les « vices » du consentement, quand celui-ci n'est pas juridiquement « libre et éclairé »³⁰¹, il ne s'interroge pas pour autant sur l'expression sexuelle d'une perversion. En considérant que le consentement est vicié, entaché par l'erreur, le dol ou la violence, le juge ne veut pas pour autant savoir de quelle tache il est véritablement question. Il ne cherche pas à voir comment jouissance et pulsions de mort sont en jeu dans le fait de consentir.

²⁹⁹ Cf. Jacques LACAN, « Propos sur la causalité psychique », in *Ecrits, op. cit.*, p. 176.

³⁰⁰ Muriel Fabre-Magnan indique que « si le consentement devient le principal voire l'unique critère de la liberté individuelle, il faudrait pouvoir vérifier son existence et sa consistance. On ne peut en effet s'en tenir à l'assentiment manifesté par la personne, qui n'est pas toujours le résultat d'un choix véritablement autonome, sans parler des cas où la personne pourrait vouloir dissimuler ses véritables intentions », in Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Hors collection, 2018, p. 77.

³⁰¹ L'art. 1130 C. civ., modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 énonce que : « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ». L'art. 1131 C. civ., modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, dispose que : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

En interrogeant la liberté de la personne, le consentement est donc un concept juridique qui ne peut qu'être contredit par la psychanalyse dans la pratique comme dans la théorie qu'elle mobilise pour comprendre le fonctionnement psychique du sujet. Cet antagonisme des concepts redouble du fait du jeu des frontières disciplinaires.

II. L'écueil des frontières disciplinaires

Connaître le processus par lequel une personne construit son identité ne soulève pas que des questions qui touchent à la circulation des concepts³⁰². Derrière les problèmes de lexique, se trouve en jeu l'ordre des discours de chaque discipline³⁰³. Les frontières, solidement constituées, sont bien gardées de part et d'autre. La connaissance juridique a cherché à se démarquer des autres savoirs sur la personne humaine (A), et la psychanalyse souvent attaquée, s'est méfiée des savoirs institutionnalisés par l'État (B).

A. La construction de lignes de démarcation : la clôture du droit

Les conditions socio-historiques de la construction d'un savoir juridique sur la personne sont aujourd'hui bien connues. Le droit civil s'est longtemps considéré comme un gardien des droits de la personne humaine. Début 19^{ème}, la doctrine civiliste qui avait pour héritage la philosophie individualiste des lumières³⁰⁴, forgée par des générations d'auteurs ayant été à l'école du droit³⁰⁵, devait accompagner l'entrée en scène du sujet de droit dans un système économique libéral et patriarcal. Cette entrée en scène s'est accompagnée d'une clôture du droit progressivement constituée³⁰⁶. Pour des raisons idéologiques, il s'agissait de protéger le droit

³⁰² Cf. l'ouvrage central de Daniel ANDLER Françoise DAVOINE et Isabelle STENGERS (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Le Seuil 1987, 388 p.

³⁰³ Cf. Michel FOUCAULT, *L'ordre des discours*, éd. Gallimard 1971.

³⁰⁴ Les premiers commentaires du Code civil étaient très souvent introduits par des développements sur l'importance des droits de l'homme. Voir par exemple, l'ouvrage de Charles Bonaventure TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, 1811-1831, 14 vol.

³⁰⁵ Depuis Jean Bodin jusqu'à Jean-Jacques Rousseau, la pensée sur la société s'est faite à partir des concepts de droit et notamment celui de contrat. Un grand nombre était des juristes de formation.

³⁰⁶ Cf. Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, De quel droit ?, septembre 1986, pp. 3-19.

des personnes de tout savoir qui aurait pu conduire à une déconstruction des bases d'un système juridique basé sur l'individualisme.

Cette construction a pu s'appuyer sur l'édifice de la codification et la théorie des obligations, qui ont su résister pendant presque deux cent ans aux secousses historiques. Forte de cette continuité, la doctrine a pu alors se présenter comme une science dédiée à la personne contractante, responsable, propriétaire. L'accent a longtemps été mis sur la manière dont le droit garantit les successions, c'est-à-dire les généalogies constitutives de l'identité à la personne. Avec certaines formes d'intimidation intellectuelle, les juristes se sont posés en conservateurs d'une tradition forgée au moment de la révolution.

Fin 19^{ème} cet apanage du savoir s'est un peu délité avec l'apparition des sciences sociales, notamment les débuts de la sociologie et de la psychologie. À cette époque une passerelle entre les savoirs subsiste, les juristes lisent Émile Durkheim³⁰⁷, René Worms ou Gabriel Tarde, lesquels analysent la question sociale. Mais, si la frontière disciplinaire n'empêche pas les excursions en terre étrangère, l'opposition se renforce et il n'est pas question d'accueillir des connaissances migrantes. Quand la loi du 10 juillet 1896 crée les universités, se pose la question de la place de la sociologie dans l'enseignement. Des juristes, comme Maurice Hauriou, dont les travaux font une large place à la sociologie³⁰⁸, se révèlent hostiles à tout accueil d'une nouvelle discipline dans les facultés de droit. Très vite en France, la seule sociologie du droit valable est celle des juristes³⁰⁹. Ceux-ci, forts de la conviction qu'ils n'ont nul besoin de la complémentarité de savoirs concurrents, s'emploient alors à reléguer les disciplines sociales dans leur ensemble au rang d'accessoires plus ou moins parasites, en dépit de l'efficacité des outils de compréhension des lois de la société qu'elles développent au-delà des lois juridiques.

³⁰⁷ Jean Carbonnier qui dans plusieurs de ses ouvrages fait référence à la notion d'inconscient collectif, notions que le psychanalyste Carl Gustav Jung développera. Cf. *De la division du travail social* (1893), *Les règles de la méthode sociologique* (1895), *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912), *Le suicide* (1897).

³⁰⁸ Maurice HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social, données à Toulouse en 1898*, (éd. 1899), Hachette livre, BNF, 176 p. En 1893, Maurice Hauriou écrit qu'« un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup y ramène », dans son article « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, E. Thorin et Fils, 1893, tome XVII, réimprimé par Gallica-BNF, pp. 289-295..

³⁰⁹ Philippe JESTAZ, « "Doctrines" vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, vol. 92, n° 1, 2016, pp. 139-157.

Ils se replient sur une analyse du droit positif technique, celle de la jurisprudence (l'étude des arrêts va tenir lieu de sociologie) et des textes, sans les resituer dans des contextes sociaux. Les juristes ne peuvent en effet concevoir que les normes qui font l'identité de la personne puissent échapper à leur codification. Et ce verrouillage des facultés de droit se densifie et se durcit³¹⁰ encore quand la scientificité des savoirs devient primordiale. Alors que Hans Kelsen explique que la science du droit décrit non pas des faits juridiques mais des énoncés qui relèvent du devoir être, un même désir de pureté anime la psychanalyse.

Ce qui sous-tend cette concurrence des savoirs, ce sont essentiellement des rapports de pouvoir. Soit le droit s'oppose à une autre forme de connaissance, soit il l'ignore. Ainsi, la psychologie et la psychanalyse n'ont pas été, sauf exceptions³¹¹, mobilisées par les juristes, qui se méfient des études qui conduisent à déconstruire le sujet doté d'une autonomie.

Les franchissements de frontières ne sont alors possibles que pour certains grands maîtres du droit qui trouvent dans d'autres savoirs des « adjuvants occasionnels de la dogmatique »³¹². Cette tendance à tracer des limites conceptuelles rigides entre les disciplines a empêché le champ de vision juridique de s'élargir, et la sociologie juridique a été longtemps élaborée par des juristes. L'œuvre de Jean Carbonnier est symptomatique de cette approche³¹³. Il se propose de réaliser une sociologie « sans rigueur »³¹⁴ c'est-à-dire que sa manière de saisir la sociologie,

³¹⁰ Philippe Jestaz écrit que « la doctrine a choisi le repli sur elle-même et s'est simplement assigné pour mission de reconstruire la dogmatique juridique sur des bases nouvelles (...). Mais cette dogmatique nouvelle (au demeurant d'une qualité remarquable) a été présentée comme procédant d'une démarche scientifique propre au droit, de sorte que la sociologie a été rejetée comme un corps étranger à l'essence de celui-ci (...). Restés seuls maîtres du terrain, les juristes ont eu le succès modeste : ils se sont toujours considérés comme des hommes de science œuvrant à titre individuel, à telle enseigne qu'ils refusent jusqu'à l'idée que le phénomène de « la doctrine » puisse se prêter à une analyse de type sociologique », in Philippe JESTAZ, « “ Doctrine“ vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société, op. cit.*, p. 142.

³¹¹ Il n'y a que le droit pénal, par le biais de la science criminelle, qui s'interroge sur la dangerosité du criminel et qui, depuis la fin du 19^e siècle, avec les travaux de Cesaere Lombroso, n'hésite pas à franchir les frontières disciplinaires. Cf. les analyses de Roger MERLE et André VITU, sur le phénomène criminel « vieux comme le monde », *Traité de droit criminel, droit pénal général*, éd. Cujas, 11^e éd., 1997, n°1.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Cf. Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, 496 p.

³¹⁴ Cf. le sous-titre de son ouvrage central : Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, p. 257.

sans se servir des outils et des méthodes de la sociologie, n'a jamais menacé le droit³¹⁵. Au contraire, elle le conforte dans sa structuration, dans l'ordre établi, elle accompagne un travail de réflexion sur la personne humaine, la famille, la société, qui ne s'apparente pas à une critique, ni du savoir juridique, ni du modèle social³¹⁶.

Quelques rares « contrebandiers » se sont risqués à un travail interdisciplinaire rigoureux. Des chercheurs comme Jacques Chevallier et Danièle Lochak³¹⁷, Pierre Legendre³¹⁸, Bernard Edelman³¹⁹ ou Jacques Caillosse³²⁰ ont osé franchir les limites pour tenter de faire passer des concepts par-dessus le mur interdisciplinaire. Si leurs travaux sont aujourd'hui reconnus, ils restent une cible pour le reste de la doctrine majoritaire, qui continue de considérer que ces recherches ne sont que des détours qui conduisent sur des chemins qui ne mènent nulle part. Si ces auteurs ont obtenu un passeport disciplinaire, le passage n'est pas dénué de risque.

Non seulement les savoirs étrangers restent mésestimés, mais le droit connaît aussi une logique de spécialisation qui contribue à renforcer encore le jeu des frontières interdisciplinaires. Ainsi que l'explique parfaitement Jacques Caillosse : « La division du monde universitaire en disciplines s'inscrit sous forme d'habitus disciplinaires générateurs d'un accord entre les spécialistes qui est responsable même de leurs désaccords et de la forme dans laquelle ils s'expriment et qui entraîne ainsi toutes sortes de limitations et de mutilations dans les pratiques et les représentations et de distorsions dans les rapports avec les représentants d'autres disciplines »³²¹.

³¹⁵ V. André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique, t. 1. Où va la Sociologie du droit ?*, *op. cit.*

³¹⁶ Mais tandis que les juristes français traitent le droit comme un ensemble de règles, de normes qui posent des prescriptions, les juristes outre-Atlantique, au nom du pragmatisme, le traitent comme un phénomène social, ils glissent vers la sociologie et la psychologie en admettant une importante interpénétration des disciplines, avec une approche plus factuelle en termes de faits sociaux.

³¹⁷ Jacques CHEVALLIER et Danièle LOSCHAK, *Traité de science administrative, I, Théorie générale de l'institution administrative*, LGDJ, 1998, 576 p.

³¹⁸ Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Le champ freudien, 1974, 270 p.

³¹⁹ Bernard EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel, La fabulation juridique*, Hermann, Le Bel Aujourd'hui, 2007, 287 p.

³²⁰ Jacques CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit », *op. cit.*, p. 18.

³²¹ *Ibid.*

Le savoir juridique a donc constitué son pré carré avec des limites tracées par des critères et des méthodologies spécifiques. Mais ce travail de délimitation n'est pas propre seulement au droit. Pour qu'il y ait véritablement frontière³²², il faut que le mur soit édifié de part et d'autre, et la psychanalyse a aussi, à sa manière, contribué à la construction des frontières.

B. La formation de la psychanalyse et sa méfiance quant aux savoirs institués par l'État

La psychanalyse doit être appréhendée comme les autres formes de savoir sur la personne, avec sa dynamique interne et son jeu de démarcation. Sa délimitation qui est institutionnelle, et qui s'affirme également par un langage tout à fait particulier, se comprend au regard de l'histoire socio-politique de ses fondateurs, mais aussi pour des raisons qui tiennent à la pratique psychanalytique.

L'autonomie de la psychanalyse est d'abord institutionnelle. En 1924, Sigmund Freud sollicité par le Ministère de la Santé sur la question de l'analyse profane, défendait fermement sa position qui était celle de l'affranchissement des institutions analytiques par rapport à l'École de médecine, même si la nécessité pour les psychanalystes d'acquérir une formation de niveau universitaire, via des instituts de psychanalyse et une très solide expérience clinique, était déjà une évidence. Il annonçait : « nous n'estimons pas du tout souhaitable que la psychanalyse soit absorbée par la médecine et trouve sa sédimentation ultime dans un traité de psychiatrie, au chapitre thérapeutique, à côté de procédés tels que la suggestion hypnotique, l'autosuggestion, la persuasion, qui, puisés aux sources de notre ignorance, doivent leur effet à court terme à l'inertie et à la lâcheté des foules »³²³. Le fondateur de la psychanalyse voulait éviter la tutelle universitaire et cherchait à garder la formation des thérapeutes à l'intérieur des sociétés savantes. Le 31 mars 1910 l'association Psychanalytique Internationale³²⁴ est créée, et très vite, l'idée qu'une personne ne pourrait plus apprendre la psychanalyse sans avoir été elle-même analysée,

³²² « L'idée de frontières est le prolongement de celle d'interdit : les frontières résultent d'un processus de délimitation de ce qui peut être dit et de ce dont on ne peut pas parler », in Mathieu DOAT, « L'ordre du discours doctrinal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, juin 2009, pp. 275-290.

³²³ Sigmund FREUD, *La Question de l'analyse profane* (1926), Gallimard, 1985, p. 136.

³²⁴ Ernst FALZEDER, « La fondation de l'association Psychanalytique Internationale et du groupe local de Berlin », revue *Psychothérapies* 2011, pp. 67 à 81.

est mise en avant. La formation n'est pas seulement pratique, et les différentes sociétés psychanalytiques jouent un rôle central dans l'enseignement de ce savoir.

Il était essentiel que les psychanalystes souvent âprement critiqués, ne soient ni qualifiés de charlatans³²⁵, ni confondus avec les psychiatres dont l'exercice a pour finalité de découvrir des maladies du cerveau, et nécessite examen mental et physique, analyses de laboratoire et imagerie médicale, pour proposer psychothérapies, traitements médicamenteux et/ou techniques de neurostimulation. La psychanalyse, du moins dans sa première période, s'est construite contre cette approche organique des pathologies mentales³²⁶. La différence se retrouve donc aussi dans les formes de traitements, puisqu'aux soins médicaux et hospitaliers fondés sur des identifications classificatoires de symptômes, s'opposent l'analyse et l'écoute au cas par cas. Alors que le médecin essaie de soigner une souffrance chez un patient en atténuant ses symptômes, le psychanalyste, confronté à la même situation, tente de faire apparaître une structure délirante³²⁷.

Aujourd'hui, la psychanalyse s'est rapprochée de l'université française. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, nombre de psychanalystes ont fait un détour par les écoles de médecines, comme Françoise Dolto et Jacques Lacan. Certains, comme Jean-Bertrand Pontalis et Jean Laplanche, issus des facultés de philosophie, sont aussi restés très attachés aux liens entre l'université et la psychanalyse³²⁸. Des centres de recherches ont été institués, le doctorat en psychanalyse est reconnu, malgré les critiques de grands praticiens, et on trouve même une école doctorale, créée en 2001, nommée « Recherches en psychanalyse et psychopathologie » à l'université de Paris-Diderot. Il reste qu'une partie de la psychanalyse demeure méfiante au regard de cette évolution, et que certains professionnels estiment que « la recherche en

³²⁵ Il est certain que la diffusion de la psychanalyse n'est pas allée sans gauchissements, et que l'utilitarisme a pu la transformer parfois en des thérapies globales vulgarisées, avec le développement de pratiques routinières, avec des idéologies béates de recherche du plaisir et du bonheur, sans commune mesure avec la psychanalyse originelle.

³²⁶ Nicolas GOUGOULIS, « Freud et les psychiatres », *Topiques*, 2004, n°88, pp. 17 à 35.

³²⁷ Cf. Vassilis KAMPSAMBELIS, « Interpréter le délire : sens et contre-sens », *Revue française de psychanalyse*, vol. 77, no. 3, 2013, pp. 748-761.

³²⁸ Jean Laplanche fonde même une revue intitulée : *Psychanalyse à l'université* (PUF). Elle paraît de 1975 à 1994.

psychanalyse ne requiert ni le cadre, ni l'aval de l'université pour exister »³²⁹. La recherche se confond avec la pratique de l'analyse qui échappe à la formation académique. Ainsi, la nécessité de vivre l'expérience de l'analyse demeure pour pouvoir en parler sérieusement.

Si la psychanalyse a un impact culturel considérable dont on remarque quotidiennement les traces, sa situation à l'université reste contrastée, seulement quelques UFR notamment parisiennes, s'y sont ouvertes, mais beaucoup d'universités restent très en retrait. L'étude des notions psychanalytiques est quasiment inexistante pendant l'apprentissage de la médecine. Et certains se demandent même si le doctorant qui consacre un développement à la psychanalyse dans sa thèse, « ne s'infligerait pas lui-même la cigüe »³³⁰. La circonspection et la défiance vis-à-vis des psychanalystes qui cherchent toujours leur place dans l'institution sont alimentées par des attaques récurrentes et persistantes. Plusieurs initiatives parlementaires et même gouvernementales ont été dans le sens d'un encadrement de la psychanalyse, sans aboutissement. On se souvient en 1999 que l'amendement défendu par le député Bernard Accoyer³³¹, lui-même médecin, avait sonné comme une véritable déclaration de guerre. À l'heure du réductionnisme physiologique, quand tout semble être affaire de chromosomes, de gènes, de virus et de microbes, on demande la paix chimique aux psychiatres ... une paix qui ne garantit pas la paix psychique. L'amalgame entre les psychanalystes et les psychothérapeutes de tout bois a conduit à effacer la spécificité de la psychanalyse. C'est toujours au nom de la

³²⁹ Camila FONTELES et Denise COUTINHO, « Recherches en psychanalyse, le champ psychanalytique dans les universités brésiliennes », *Recherches en psychanalyses*, 2015, n°20, pp. 179 à 189.

³³⁰ Cf. Christian GODIN et Gilles-Olivier SILVAGNI, *La psychanalyse pour les Nuls*, op.cit., p. 141.

³³¹ Cf. Bernard BRUSSET, « A propos de l'amendement Accoyer », *Le Carnet PSY*, vol. 86, n° 9, 2003, pp. 27-35. Le texte de l'amendement est le suivant : « Art. L 3231 : Les psychothérapies constituent des outils thérapeutiques utilisés dans le traitement des troubles mentaux. Les différentes catégories de psychothérapies sont fixées par décret du ministre chargé de la santé. Leur mise en œuvre ne peut relever que de médecins psychiatres ou de médecins et psychologues ayant les qualifications professionnelles requises fixées par ce même décret. L'agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé apporte son concours à l'élaboration de ces conditions. Les professionnels actuellement en activité et non titulaires de ces qualifications, qui mettent en œuvre des psychothérapies depuis plus de cinq ans à la date de promulgation de la présente loi, pourront poursuivre cette activité thérapeutique sous réserve de satisfaire dans les trois ans suivant la promulgation de la présente loi à une évaluation de leurs connaissances et pratiques par un jury. La composition, les attributions et les modalités de fonctionnement de ce jury sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de l'enseignement supérieur. »

lutte contre les charlatans, que le combat a encore été engagé contre la psychanalyse en 2019³³², car l'idée selon laquelle la psychanalyse serait une imposture est assez répandue, et notre société aime le spectacle des démolitions.

Il est un fait que les psychothérapies rassemblent sous une même catégorie des professionnels de différents horizons, aux compétences différentes, et qu'elles se sont développées dans des cadres institutionnels de valeurs très inégales. Il faut reconnaître aussi que les psychanalystes, qui demeurent en « club fermé » et communiquent en langue « étrangère », hermétique pour le profane³³³, n'ont pas su se défendre d'une certaine position de surplomb qui leur est reprochée. Une position mal ressentie par le reste du corps médical qui prend soin de la santé mentale de ses patients. L'objectif des tentatives de réformes, loin de conduire à une simple mise en ordre, serait donc vraisemblablement aussi de mettre les psychanalystes « au pas ». Les médecins seraient les « seuls garants statutaires »³³⁴, plaçant les psychanalystes - entre autres psychothérapeutes - en situation de collaborateurs subordonnés.

Or une telle tutelle *extérieure* à la psychanalyse est impossible au regard même de son fonctionnement. Si le « contrôle s'impose » ainsi que le préconise Jacques Lacan³³⁵, il s'agit plutôt de surveiller les effets analytiques produits par l'analyste dans son activité professionnelle, et non de soumettre sa pratique à une autorité supérieure déterminée par l'État. Car c'est autour de la question du transfert de l'analysant que doit s'effectuer une supervision

³³² Une pétition pour l'exclusion des psychanalystes des tribunaux a été signée en 2019 par près de 1200 professionnels de santé et 18 professionnels de justice en 2019, ils réclament un « ménage dans l'enseignement universitaire ». Le texte annonce notamment : « nous refusons que soient utilisés les diplômes de médecine et de psychologie pour diffuser à l'université un enseignement en violation avec la médecine et l'état des connaissances en santé mentale, au profit de dogmes idéologiques, fondés sur des postulats obscurantistes et discriminants sans aucune validation scientifique », *in* <https://www.change.org/p/psychiatres-pourquoi-les-psychanalystes-doivent-%C3%AAtre-exclus-des-tribunaux>

³³³ Martin Heidegger estimait qu'il fallait obscurcir et non éclaircir les questions traitées, pour ne pas simplifier et réer de malentendus. Jacques Lacan qui le connaissait bien, appliquait à la lettre cette « technique ». *Écrits*, qui est sa première grande œuvre est à peu près illisible pour un profane.

³³⁴ Bernard BRUSSET, « À propos de l'amendement Accoyer », revue *Le carnet Psy*, vol. 86, n°9, 2003, p. 27.

³³⁵ Jacques LACAN, « Actes de fondation », *in Autres écrits*, Seuil 2001, p. 235.

efficace du travail des psychanalystes³³⁶. Chacun doit se souvenir « qu'il manipule les matières les plus explosives et qu'il doit opérer avec les mêmes précautions que le chimiste »³³⁷.

Les questions de l'autonomie et du contrôle interne de la psychanalyse sont donc essentielles pour une bonne pratique de la cure, ce qui permet de comprendre l'édification de frontières disciplinaires. On peut relever que les passages de frontières sont toujours dangereux. Lorsque Sigmund Freud dû s'exiler pendant la guerre, il fut contraint de signer le document suivant : « Je soussigné, Pr. Freud, confirme qu'après l'Anschluss de l'Autriche avec le Reich allemand, j'ai été traité par les autorités allemandes, et la Gestapo en particulier, avec tout le respect et la considération dûs à ma réputation scientifique, que j'ai pu vivre et travailler en pleine liberté, et que j'ai pu continuer à poursuivre mes activités de la façon dont je souhaitais, que j'ai pu compter dans ce domaine sur l'appui de tous, et que je n'ai pas la moindre raison de me plaindre ». Freud parapha le texte et demanda à rajouter : « Je puis cordialement recommander la gestapo à tous ». Ce passage frontalier eut donc un prix.

Les disciplines du droit et de la psychanalyse, depuis leurs origines, ont tracé des limites, par des méthodes et des critères qui leur sont propres. Alternant des phases d'isolement et d'ouverture, les psychanalystes comme les juristes ont cherché à garantir leurs méthodes et à maîtriser leurs pratiques. Droit et psychanalyse sont des savoirs solidement institués, fortement autonomes. L'opposition des discours entre ces deux formes de savoir est d'autant plus prononcée que certains concepts psychanalytiques semblent juridiquement insaisissables.

³³⁶ Selon Sigmund Freud, « les seuls obstacles vraiment sérieux se rencontrent dans le maniement du transfert », in Sigmund FREUD, « Observations sur l'amour du transfert », *La technique psychanalytique*, PUF 1953, p. 116.

³³⁷ Sigmund FREUD, *La technique psychanalytique*, *op.cit.*, p. 130.

Section 2

La possible transposition des concepts de conscient et d'inconscient dans l'analyse de la subjectivisation de l'identité

Le jeu disciplinaire a longtemps freiné la circulation des concepts. Mais les frontières ne sont pas pour autant infranchissables. Les murs du savoir sont faits pour être abattus et il est possible d'envisager la transposition le concept d'inconscient en droit pour mieux comprendre le processus de construction identitaire. Si l'on veut comprendre la complexité d'une demande de changement d'identité, il est important de voir ce qui se joue sur le terrain psychique.

Cette transposition n'est pas sans tension ; il existe des exigences épistémologiques et le passage des frontières nécessite des ajustements. Avec une certaine méfiance, le droit, tant pratique que scientifique, prend en compte le psychisme de la personne humaine dans les limites nébuleuses des territoires du conscient (I) et de l'inconscient (II) dont les définitions ont de tous temps posé des difficultés aux savoirs qui s'y sont intéressés. Des définitions qui sont différentes selon que l'on s'adresse aux juristes, aux psychanalystes, ou encore aux psychologues, aux neurobiologistes ou aux philosophes, un peu comme si, selon l'expression d'Henri Ey, avant de parler de ces notions, il fallait « décliner son identité »³³⁸.

I. Un territoire commun au droit et à la psychanalyse : le conscient

Être conscient de son identité fait intervenir l'ensemble des facultés de connaissance, les sensations, la mémoire, l'expérience, l'expression de soi. Cela suppose un fonctionnement suffisant du cerveau pour permettre à une personne, dans un état « normal », de donner des

³³⁸ Cité par Bianca et Bernard LECHEVALIER, « Aborder la question de la conscience », *Revue française de psychanalyse*, vol. 71, no. 2, 2007, p. 437.

réponses appropriées à une nuée de stimulations. Être conscient signifie juridiquement être capable de discernement et de compréhension du monde. Cette aptitude est saisie par le droit d'une manière rassurante et explicite, (A), elle peut être enrichie par l'approche de la psychanalyse nettement plus incertaine et inquiétante (B).

A. Une conception juridique rassurante de la conscience

Le droit définit la conscience (du latin *conscientia*, de *cum*, avec, et *scientia*, la connaissance) comme « l'aptitude à comprendre ce que l'on fait, à être présent en esprit à un acte, c'est l'intelligence élémentaire qui entre dans la définition du consentement et à défaut de laquelle est annulable, pour absence de consentement, l'acte accompli par celui qui en était à ce moment privé »³³⁹. Dans cette perspective, être conscient de son identité renvoie à l'idée de connaissance et de compréhension de soi et des choses qui entourent la personne. Ce concept ancien du droit permet de contourner celui de volonté, tout en affirmant l'autonomie naturelle du sujet et sa responsabilité.

Comme le rappelle parfaitement Dominique Laslo-Fenouillet dans sa thèse, la conscience est un concept qui a une longue histoire. La liberté de conscience religieuse s'est construite avec « la distinction de l'ordre spirituel et de l'ordre temporel, soutenue par le christianisme »³⁴⁰. Et s'il faut attendre l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 qui reconnaît clairement la liberté de conscience, on sait que le processus de laïcisation prend ses racines sous l'Ancien régime et qu'il a fallu franchir de nombreuses étapes avant la consécration d'une autonomie de conscience.

Cette évolution est importante parce que le concept de conscience s'est révélé utile pour les juristes, il leur permet d'aller au-delà de la notion de volonté et de s'interroger sur les motifs d'un acte accompli par une personne, tout en évaluant sa conduite morale. En lien direct avec la notion juridique de discernement³⁴¹, le concept de conscience sert à vérifier cette « aptitude

³³⁹ V. Conscience, in Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 239.

³⁴⁰ Cf. Dominique LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1993, p.16.

³⁴¹ Le Code civil évoque le *discernement* aux articles 388-1 et 353. Il mentionne le fait d'être *sain d'esprit* aux articles 414-1 (« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte »), également à l'article 414-2 (action en nullité), art. 901 (« Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La

à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de raison, le rend capable de s'obliger délictuellement (...) naguère considérée comme une condition de la responsabilité civile »³⁴². Alors que le sujet volontaire est un être formel, la conscience permet de réintroduire une éthique dans l'action de la personne. On comprend alors le succès juridique de ce terme dans la sphère professionnelle. Le médecin³⁴³, le pharmacien³⁴⁴, l'avocat³⁴⁵ ou encore le président d'une Cour d'assises³⁴⁶ doivent se comporter « en conscience »³⁴⁷.

Le terme est d'autant plus utile qu'il sert en matière de responsabilité civile ou pénale pour pouvoir imputer un acte ou un fait à une personne³⁴⁸ ou au contraire pour considérer qu'une personne atteinte de troubles psychiques peut échapper à la punition. C'est par rapport à la notion de conscience que le droit prend en compte la notion de *trouble mental* comme

libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence »), l'article 1129 (« Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat »). L'article 122-1 du Code pénal prend en compte le trouble psychique et le discernement : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ». De même l'art. 122-8 C. pén. : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ». De même les articles 222-28, 222-30, 222-22-1, 222-4 et 222-30-1 du même code.

³⁴² V. « Discernement », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 350.

³⁴³ Art. 34 du code de déontologie médicale

³⁴⁴ Art. 5 du code de déontologie médicale

³⁴⁵ Art. 1-3 du Règlement intérieur national de la profession d'Avocat : « L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment ».

³⁴⁶ Art. 310 du Code de Procédure Pénale.

³⁴⁷ Pour indication, le code de déontologie de la police ne contient aucune référence à la conscience professionnelle des forces de police.

³⁴⁸ V. « Discernement », in Serge GUINCHARD (dir.), Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18^{ème} éd., 2011, p. 288.

« perturbation psychologique subite, accès de folie, de fureur, crise de démence passagère (ivresse, hypnose) ou durable (altération des facultés mentales, état d'aliénation mentale). Ce trouble de la conscience qui abolit le consentement justifie la nullité de l'acte juridique³⁴⁹ mais laisse entière la responsabilité civile de l'auteur d'un délit accompli sous le coup de ce trouble.

Dans cette perspective, on peut s'interroger par exemple sur le discernement et la responsabilité des parents qui vont donner un prénom ridicule à leur enfant. Il est certain que l'on peut craindre des conséquences lorsqu'on prénomme un enfant « Jihad »³⁵⁰ ou « Griesmann-Mbappé »³⁵¹ ou encore « Princesse Rébecca »³⁵². Plus complexe serait la demande d'un changement d'identité sexuelle par un mineur non émancipé, selon les conditions posées par l'article 61-5 du Code civil issu de la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle³⁵³. On peut considérer que le mineur non émancipé n'est pas en pleine possession de ses moyens psychiques et qu'une telle demande ne peut être formulée que par le représentant légal³⁵⁴. Mais on peut estimer aussi qu'il y a là une atteinte disproportionnée à la vie privée telle qu'elle est protégée par l'article 8 de la CEDH. Le changement de sexe n'étant pas irréversible, comme le rappelle clairement Benjamin Moron-Puech, « il est permis de douter de la pertinence de l'interdiction faite au mineur de définir son identité sexuée »³⁵⁵.

³⁴⁹ Art. 414-1 C. civ : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ».

Art. 425 al. 1 C. civ. : Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre ».

³⁵⁰ Le tribunal de Dijon a annulé le 27 septembre 2019, le prénom donné par une mère à son nouveau-né.

³⁵¹ Voir l'annulation de l'acte civil par le tribunal de Brive, le 16 mars 2019.

³⁵² Le tribunal de Besançon, le 2 mars 2015, a refusé à des parents d'origine togolaise que leur enfant porte le prénom de Princesse Rebecca.

³⁵³ Art. 61-5. « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ».

³⁵⁴ Cf. l'interprétation de Philippe Reigné de la loi après la lecture des travaux préparatoires, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La semaine juridique, édition générale*, n° 51, 19 déc. 2016, 1378.

³⁵⁵ Cf. Benjamin MORON-PUECH, « Les mineurs peuvent-ils changer de sexe ? » 04/04/2017 in <https://sexandlaw.hypotheses.org/198>

Et s'il s'agit d'une demande de changement de sexe formulée par des parents d'un enfant mineur considéré comme transgenre, et qui implique un traitement physique, la situation est encore bien plus délicate. Cette question ne se pose pas simplement sur des plateaux télévisés³⁵⁶. Elle a donné lieu à un récent arrêt de la Haute Cour de Justice d'Angleterre et du Pays de Galles. Le juge anglais a indiqué qu'il était « hautement improbable qu'un enfant âgé de 13 ans ou moins soit compétent pour consentir à l'administration d'inhibiteurs de puberté ». L'enfant souhaitait suivre un traitement bloquant sa puberté et le juge a estimé qu'une telle demande n'était possible que s'il comprenait les conséquences « immédiates et à long terme »³⁵⁷. Cette position qui a abouti à interdire aux mineurs la possibilité de changer de sexe à l'état civil n'est pas celle du tribunal fédéral constitutionnel allemand qui, dès 1982, pour un cas assez identique, a retenu qu'une telle interdiction à l'encontre des mineurs était contraire au principe constitutionnel d'égalité³⁵⁸.

À travers ces cas, on touche aux limites de la conception juridique de la conscience qui veut faire croire en une vie psychique consciente équilibrée, moralement bien gérée, qui comme une évidence rapporte tout à la libre pensée. Le concept de conscience se retourne contre les personnes en crise d'identité car elle suppose que « naturellement » le majeur dispose de la capacité de discerner le bien du mal alors que le mineur serait privé d'une telle capacité. Elle veut faire croire en l'idée *jusnaturaliste* que la personne normale est capable, évidemment, de se connaître et de décider, ce qui est bien ou non pour elle. Cette connaissance en soi, constitutive de soi, ne peut pas être retenue car elle conduit à des errements juridiques problématiques. La conscience n'est pas le lieu intime de la connaissance de soi et des choses.

³⁵⁶ Cf. le passage à l'émission télévisée *Le Quotidien* en 2020, de l'enfant de 8 ans Lillie-Vincent, qui a expliqué son désir de changer son sexe.

³⁵⁷ Cf. l'arrêt du 1^{er} décembre 2020 de la Haute Cour de Justice d'Angleterre et des Pays de Galles ; v. un article du Monde du même jour. À l'origine de ce procès, une femme de 23 ans Keira Bell, prise en charge à 15 ans pour une dysphorie de genre par le service GIDS (Gender Identity Development Service) du Tavistock and Portman NHS Foundation Trust. Se pendant appartenir au genre masculin, la jeune fille avait reçu des bloqueurs de puberté, puis avait été mise sous testostérone pour masculiniser son apparence. À 20 ans, elle avait subi une double mastectomie, c'est-à-dire une ablation des seins. Une opération qu'elle avait rapidement et amèrement regrettée, puisqu'elle s'identifiait en fin de compte dans son sexe féminin de naissance. Keira Bell a assigné en Justice le Tavistock and Portman NHS Foundation Trust, pour n'avoir pas remis en cause son souhait de devenir un garçon alors qu'elle sortait à peine de l'enfance et lui avoir prescrit des bloqueurs de puberté à la suite de trois rendez-vous d'une heure. Elle affirmait que les jeunes mineurs ne sont pas aptes à consentir à l'administration de médicaments bloquant la puberté.

³⁵⁸ BVerfGE, 60, 123, 16 mars 1982, §31 Junge transsexuelle.

Elle n'est qu'une reconstruction qui instaure une continuité après coup, de quelque chose de beaucoup plus inquiétant.

B. Une conception psychanalytique inquiétante de la conscience

La doctrine et la pratique juridique a retenu essentiellement une conception *jusnaturaliste* de la conscience, supposant une capacité de connaître ce qui est bien et mal. L'approche de la psychanalyse est radicalement différente. La conscience est multiple et contradictoire, et le sujet est fatalement aliéné, car il est dominé par des forces pulsionnelles. La pensée consciente est fugace, elle est ce que l'on croit savoir - ponctuellement et superficiellement de soi-même, alors qu'« il se passe dans le psychisme bien plus de choses qu'il ne peut s'en révéler à la conscience »³⁵⁹, puisque la plupart de nos mécanismes de pensée sont inconscients. Selon cette conception, la conscience ne peut plus être le siège de l'autonomie du sujet.

Cette conception de la conscience s'inscrit dans une longue tradition de la philosophie. C'est l'être humain pascalien, à l'intériorité instable, discontinue et décentrée. La conscience de l'homme se dilue dans l'imaginaire, et « l'imagination dispose de tout, elle fait la beauté, la justice et le bonheur »³⁶⁰. Selon Blaise Pascal les actions visent à combler un manque - marque d'une angoisse existentielle - toute la vie ne serait qu'une construction destinée à y pallier. Le sujet chemine, paradoxal, tiraillé entre deux pôles, l'esprit et le cœur, entre « deux excès : exclure la raison, n'admettre que la raison »³⁶¹, et il faut concéder qu'il puisse se laisser emporter, car « le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point »³⁶². À travers un jeu d'oppositions, Pascal met en évidence l'incompatibilité du cœur et de la raison, et toutes les crispations qui en résultent. À sa suite, David Hume doute de la réalité d'une unité intérieure qualifiée de « moi », car nous sommes un assemblage hétérogène de sentiments, d'émotions, de représentations éparses liées par notre seule imagination³⁶³. Il estime que la conscience est fragmentaire, les pensées et les affects discontinus, ce qui ira dans le sens de l'établissement ultérieur de certaines

³⁵⁹ Sigmund FREUD, *Essais de psychanalyse*, Payot, Petite Bibliothèque Payot, 2004, 308 p.

³⁶⁰ Blaise PASCAL, *Pensées*, Gallimard, Folio Classique, 2004, fragm. 41, p. 79.

³⁶¹ Blaise PASCAL, *Pensées, op. cit.*, fragm. 172, p. 146.

³⁶² *Ibid.*, fragm. 397, p. 251, a.

³⁶³ David HUME, *Traité de la nature humaine*, livre I, « L'entendement », 4^{ème} partie, « Du système sceptique et autres systèmes philosophiques », section VI, « de l'identité personnelle » (1739), Flammarion, GF/Philosophie, 1995, pp. 342-343.

pathologies de la conscience. Friedrich Nietzsche rajoute : « une pensée vient quand elle veut et non quand je veux, en telle sorte que c'est falsifier les faits que de dire que le sujet « je » est la détermination du verbe « pense ». *Quelque chose pense* »³⁶⁴. Il affirme que le langage nous donne l'illusion grammaticale que le « je » est une unité fictive³⁶⁵, il nous illusionne, il est source de tromperie.

L'apport de la psychanalyse est d'avoir montré que la conscience qui se situe au niveau du « moi »³⁶⁶ est dans un rapport conflictuel avec les autres instances du psychisme qui sont le *ça* et le *surmoi*³⁶⁷. Sigmund Freud a expliqué comment le moi a trois « maîtres » : l'un extérieur qui est la *réalité* (qui comprend les lois physiques et sociales), et deux intérieurs qui sont le *ça* et le *surmoi*³⁶⁸. Et Lacan précisera « ... le moi est fait de la succession de ses identifications avec les objets aimés qui lui ont permis de prendre sa forme. Le moi, c'est un objet fait comme un oignon, on pourrait le peler, et on trouverait les identifications successives qui l'ont constitué »³⁶⁹.

La théorie freudienne n'accorde donc qu'une place très modeste à la conscience qui n'est « que la surface de l'appareil psychique »³⁷⁰. Il explique qu'être conscient de son identité est une perception instantanée, mais que « l'expérience nous montre qu'un élément psychique, une

³⁶⁴ Friedrich NIETZSCHE, Geneviève Bianquis (trad.), *Par-delà le bien et le mal*, Aubier, 1992, § 17, p. 49.

³⁶⁵ Friedrich NIETZSCHE, *La volonté de puissance* (1886), Gallimard, tome 1, livre I, 1947, § 98, p. 65.

³⁶⁶ Le *moi*, avec le *ça* et le *surmoi*, est l'une des trois instances du psychisme, il englobe la conscience mais possède des dimensions inconscientes. Et surtout, il n'a pas le pouvoir qu'on lui attribue. Il est fragile, instable, fait d'identifications partielles. Voir, Sigmund FREUD sur cette nouvelle cartographie du psychisme, *Le moi et le ça*, (1923), Petite Biblio Payot, 2010.

³⁶⁷ Dans sa première topique en 1900, Freud cartographie d'abord le psychisme en conscient, préconscient et inconscient comme systèmes en interaction : le conscient constitue la partie du psychisme régie par un contrôle volontaire, le préconscient est un ensemble de contenus représentatifs tels qu'idées, images, ou souvenirs, accessibles pour la plupart à la conscience, ou appelés à devenir conscients, et enfin l'inconscient, régi par le principe de plaisir³⁶⁷, méconnaît le temps et ignore les opérations intellectuelles comme la négation ou le doute. Ensuite, en 1923, dans sa seconde topique, il élabore une autre conception du sujet, scindé en trois parties qui interfèrent entre elles : le *Ça*, le *moi*, le *Sur-moi*. Le *Ça* englobe l'inconscient, c'est le pôle pulsionnel de la personnalité ; le *moi* s'élabore au fur et à mesure de l'évolution personnelle en contact avec la vie sociale ; le *Sur-moi* est une intériorisation des règles, des lois, des interdits, des valeurs, c'est le censeur psychique

³⁶⁸ Sigmund FREUD, *Le moi et le ça* (1923), *op.cit.* pp.82-88.

³⁶⁹ Jacques LACAN, *Séminaires, Livres I, Les écrits techniques de Freud*, Seuil 1975, p.194.

³⁷⁰ Sigmund FREUD, *Le moi et le ça*, *op.cit.* p.53.

représentation par exemple, n'est jamais conscient d'une façon permanente. Ce qui caractérise plutôt les éléments psychiques, c'est la disparition rapide de leur état conscient »³⁷¹. Être « conscient de qui on est », c'est se limiter à la surface du psychisme d'une personne. C'est un point de départ totalement instable et les juristes ne peuvent s'en tenir à ce lieu d'observation.

Ce constat trouble radicalement l'idée répandue chez les juristes que la conscience serait le propre d'un esprit éclairé. Si le juge fait appel à un clinicien pour l'expertise psychique d'une personne qui veut changer de sexe à l'état civil, il doit entendre que la parole consciente n'est pas univoque³⁷². Cette demande d'identité consciente n'est que la revendication d'une identité de surface derrière laquelle se cachent d'autres « pelures ».

Avec la psychanalyse, il apparaît que « le moi n'est plus maître dans sa propre maison »³⁷³, il n'est plus le seul élément d'intériorité, il est « réduit à se contenter de renseignements rares et fragmentaires » sur lui-même. « Le moi est à la psyché ce que la peau est au corps »³⁷⁴. Le juriste doit accepter que « la conscience n'est plus transparente à elle-même, chacun de nous est travaillé par des forces obscures qui ourdissent des machinations perverses dans les sous-sols de la conscience. C'est une énorme gifle au *cogito* cartésien : la conscience claire ou *cogito* n'est qu'une illusion »³⁷⁵. Le rêve des juristes d'un individu autonome, disposant de droits subjectifs, capable d'agir raisonnablement, « est bel et bien enterré, puisqu'il ne peut même pas se connaître lui-même »³⁷⁶.

³⁷¹ Sigmund FREUD, *Essais de psychanalyse*, Petite Bibliothèque Payot, 2004, 308 p.

³⁷² Cf. Jean-Luc VIAUX, « Les paradoxes de l'expertise », *Le Journal des psychologues*, vol. 238, n°5, 2006, p. 27.

³⁷³ À ce sujet, Olivia Gazalé explique que Sigmund Freud a identifié trois « blessures narcissiques » (*in* Sigmund FREUD, *Introduction à la psychanalyse*, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2015, IIème partie, chap. XVIII) infligées par la science à l'orgueil humain : d'abord la révolution héliocentrique avec Galilée et Copernic (l'homme n'est plus le centre de l'univers), ensuite la compréhension de l'évolution des espèces avec Lamarck, Wallace et Darwin (l'homme n'a pas de place privilégiée dans la création, il est issu du singe), et enfin, « le troisième démenti infligé à la mégalomanie humaine sera la découverte par Freud lui-même, de l'inconscient, cet immense continent enfoui au fond de notre psychisme et qui nous est très largement impénétrable, *in* Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, p. 488.

³⁷⁴ Didier ANZIEU, *L'auto-analyse de Freud et la découverte de la psychanalyse*, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 3^{ème} édition, 1998, 554 p.

³⁷⁵ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, p. 488.

³⁷⁶ *Ibid.*

C'est parce que le conscient se détermine dans un rapport trouble et tendu avec l'inconscient³⁷⁷ que ce dernier concept doit être aussi transposé en droit.

II. Un déni juridique : le gouffre de l'inconscient

« L'inconscient est ce chapitre de mon histoire qui est marqué par un blanc, ou occupé par un mensonge ; c'est le chapitre censuré. Mais la vérité peut être retrouvée ; le plus souvent elle est déjà écrite ailleurs »³⁷⁸, dit Jacques Lacan. L'inconscient n'est pas un concept brusquement surgi et inventé par la psychanalyse, il a été découvert au fil d'une histoire liée à sa réception par certaines sciences sociales (A). Censuré en grande partie par les juristes, il est pour autant possible de le transposer en droit (B).

A. La construction du concept d'inconscient

Le concept d'inconscient n'est pas un concept forgé spécialement par la psychanalyse. Son histoire montre ses différentes utilisations pour penser la personne. René Descartes a été un des premiers auteurs à voir que certains phénomènes mentaux se jouent à l'insu du conscient. Il estimait que, ce que l'on appelle aujourd'hui une situation de refoulement, relevait de lois mécaniques du cerveau, et non de pensées inconscientes³⁷⁹. Un siècle plus tard, Emmanuel Kant remarquait que bon nombre d'idées, de sensations, échappent à la conscience : « les représentations claires (...) ne constituent que des points infiniment peu nombreux ouverts à la conscience ; il n'y a, pour ainsi dire, sur la carte immense de notre esprit, que quelques régions illuminées »³⁸⁰. Et c'est bien sûr Friedrich Nietzsche qui voit le mieux le rôle de l'inconscient

³⁷⁷ La problématique de la cure psychanalytique consiste pour le sujet en une « prise de conscience » à travers une *remémoration* (la reconstitution d'une partie de l'histoire infantile, à la fois dans ses aspects réels et fantasmatiques), une *interprétation*, qui impliquent des remaniements structuraux pour pouvoir intégrer, par le lever de résistances psychiques, ce qui a été refoulé, et enfin, une *construction* un tant soit peu « éclairée ».

³⁷⁸ Jacques LACAN, « Fonction et champ du langage et de la parole en psychanalyse », in *Écrits*, Seuil, Le champ freudien, 1966, p. 259.

³⁷⁹ Il explique ce mécanisme dans sa lettre au Père Mesland, in *Œuvres philosophiques*, vol. III, Bordas, 1989, p. 71.

³⁸⁰ Emmanuel KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique* (1797), trad. Michel Foucault, Vrin, Biblio Textes Philosophiques, 1994, p. 23.

qui tire les ficelles³⁸¹, et il évoque parfaitement « l'irréfléchi silencieux qui borde la conscience »³⁸².

De ce point de vue, ces philosophes semblent avoir précédé Sigmund Freud dans son intuition. Sigmund Freud n'était pas le seul à avoir vu que la conscience est la partie émergée de l'iceberg, et qu'elle ne gouverne pas la vie subjective : la partie immergée et dominante, c'est l'inconscient. L'apport du maître viennois est d'avoir vu dès la fin du 19^{ème} siècle que l'inconscient est dynamique, et particulièrement *agissant*, échappant complètement à la personne qu'il travaille à son insu. Il découvre ainsi l'existence d'une causalité psychique inconsciente qui pousse la personne à agir en établissant un lien entre le souvenir refoulé et sa transformation « après coup en traumatisme »³⁸³.

Cette découverte de l'inconscient ne relevait pas de l'évidence. L'inconscient est *deux fois inconscient* : non seulement il est récusé par la conscience, mais la personne consciente est elle-même inconsciente de cette dénégation. Le bouleversement qui propose la psychanalyse est le produit d'une longue réflexion et de tâtonnements car la perception inconsciente de ce qui nous identifie est extrêmement éloignée de la perception consciente, et donc de toute réalité un tant soit peu objective. Au cours de la première guerre mondiale, Sigmund Freud rédige différents essais - dont *L'inconscient* - regroupés sous le titre de *Métapsychologies*³⁸⁴. Par une métaphore archéologique, il compare l'exploration de l'inconscient humain à « la technique de défouissement d'une ville ensevelie »³⁸⁵.

³⁸¹ Pour Nietzsche, sous le *moi*, gît le *soi*, qui ne sera nommé le *ça* que plus tard : « Le sens et l'esprit ne sont qu'instruments et jouets : derrière eux se trouve encore le soi, lui aussi cherche avec les yeux des sens, et il écoute avec les oreilles de l'esprit », in Friedrich NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Le livre de Poche, Les Classiques de Poche, 1972, p. 44.

³⁸² Pierre AUREGAN, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Ellipses, coll. Culture et histoire, 1998, p. 65.

³⁸³ Sigmund FREUD, *Esquisse pour une psychologie scientifique* (1895), in *La naissance de la psychanalyse*, PUF, 3^{ème} éd. 1973, p.366 ; voir plus largement l'ouvrage d'André GREEN, *La causalité psychique*, éd. Odile Jacob, 1995.

³⁸⁴ Paul-Laurent ASSOUN, *Freud, la philosophie et les philosophes*, PUF, Philosophie d'aujourd'hui, p. 121.

³⁸⁵ Sigmund FREUD, Joseph BREUER, *Études sur l'hystérie*, traduit par Anne Berman, PUF, 1992, p. 109.

La pratique clinique sur l'hystérie est bien-sûr à l'origine de la première formulation par Freud de l'existence de l'inconscient, dès lors qu'il réussit à mettre en évidence le fait qu'une catégorie de phénomènes psychiques ne peut être décryptée par la grille de la psychologie introspective habituelle. En étudiant ce trouble de l'identité qui fausse la personnalité³⁸⁶, Freud ambitionne d'établir une représentation rationnelle des manifestations de l'inconscient, qui apparaissent sous la forme de symptômes³⁸⁷, de rêves, de mots d'esprit, d'actes manqués³⁸⁸ tels que lapsus, oublis et maladroites³⁸⁹. Il assimile l'inconscient à un abîme dont une part devient accessible grâce au travail qu'effectue une personne, qui, au fil de la cure³⁹⁰, à travers sa parole, peut délier des images, des idées, des associations, et mettre en lumière certains éléments refoulés. Chaque âge laisse en effet des sédiments psychiques qui constituent la fondation de son identité, l'inconscient se construisant comme un large réservoir de contenus refoulés qui ne parviennent au conscient qu'une fois certaines barrières, dites « résistances »³⁹¹, surmontées.

³⁸⁶ Cf. Henri HEY, *Manuel de psychiatrie*, (1960), rééd. Masson, 2010 p.178.

³⁸⁷ Le symptôme au sens psychanalytique est un signe de l'inconscient qui ne cesse d'émettre des signes de sa présence. Quand un conflit psychique se forme, le symptôme peut constituer un signe de souffrance mais aussi un certain gain de plaisir, et il a pour particularité d'avoir plusieurs sens, plusieurs raisons inconscientes. « Les symptômes sont des signes commémoratifs d'événements traumatiques » explique Freud en 1909. Lacan utilisera le terme de trace ou d'indice, pour distinguer le symptôme médical du symptôme analytique (...). La première valeur que prend le symptôme pour le sujet qui vient nous voir est la valeur de signe, le signe que quelque chose ne va pas. Médicalement, le symptôme est défini comme un signe tenant lieu de lien et de représentation entre deux éléments, l'un, le symptôme, connu, visible, effet d'un autre, inconnu, invisible (...). Le symptôme est le signe d'un désir insupportable enraciné dans la sexualité infantile et insuffisamment refoulé. Le sujet l'a chassé de sa conscience et de sa mémoire, mais le désir refoulé continue à subsister dans l'inconscient. Il réapparaîtra bientôt dans la lumière, mais sous un déguisement qui le rendra méconnaissable », in Dominique NOËL, « Le symptôme dans tous ses états », *Figures de la psychanalyse*, vol. 19, n° 1, 2010, p. 131.

³⁸⁸ L'acte manqué est un « acte où le résultat explicitement visé n'est pas atteint mais se trouve remplacé par un autre. On parlera d'acte manqué non pour désigner l'ensemble des ratés de la parole, de la mémoire et de l'action, mais pour les conduites que le sujet est habituellement capable de réussir, et dont il est tenté d'attribuer l'échec à sa seule inattention ou au hasard », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 5.

³⁸⁹ Dominique RENAULD, « Le gouffre de l'inconscient », in Sigmund FREUD, *L'inconscient*, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2013, p. 19.

³⁹⁰ La cure psychanalytique est le processus thérapeutique qui suit une personne qui souhaite faire une psychanalyse. Le patient est l'analysant, le thérapeute est l'analyste.

³⁹¹ Les résistances sont, lors de la cure psychanalytique, tout ce qui dans les mots et les actes de l'analysé, s'oppose à l'accès de celui-ci à son inconscient. V. Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 420.

La théorie du refoulement³⁹² est la pierre d'angle sur laquelle repose la psychanalyse, le refoulement étant au sens propre, l'« opération par laquelle le sujet cherche à repousser ou à maintenir dans l'inconscient des représentations (sous forme de pensées, d'images, de souvenirs) liées à des pulsions »³⁹³, pulsions susceptibles de procurer du plaisir, mais dont la satisfaction pourrait occasionner du déplaisir à l'égard d'autres exigences. Il paraît étrange de concevoir qu'une représentation liée à une pulsion refoulée puisse travailler le psychisme alors même qu'elle est inconsciente, le mécanisme consistant en le fait que le refoulement l'empêche en quelque sorte de parvenir « à la surface ». Le refoulement est un processus psychique universel, un mécanisme de défense, à l'origine de la constitution de l'inconscient comme domaine distinct du reste du psychisme. Le processus de refoulement permet au psychisme humain de tenir une pulsion à l'écart de la prise de conscience en l'enfouissant dans la zone

³⁹² Au sens général, le terme de refoulement est parfois pris par Freud dans une acception qui le rapproche de celui de « défense », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 392.

³⁹³ Les pulsions sont des « processus dynamiques consistant en une poussée (charge énergétique facteur de motricité), qui font tendre l'organisme vers un but. Selon Freud, une pulsion a sa source dans une excitation corporelle (état de tension) ; son but est de supprimer l'état de tension qui règne à la source pulsionnelle ; c'est dans l'objet ou grâce à lui que la pulsion peut atteindre son but ». Il peut s'agir de pulsions d'agression qui désignent des pulsions de mort en tant qu'elles sont tournées vers l'extérieur, le but de la pulsion étant la destruction de l'objet. Ce peuvent être des pulsions de destruction, qui désignent des pulsions de mort, dans une perspective plus proche de l'expérience biologique et psychologique. Ce peuvent être des pulsions d'emprise qui sont des pulsions non sexuelles, qui ne s'unissent que secondairement à la sexualité et dont le but est de dominer l'objet par la force. Il y a aussi les pulsions partielles qui sont les éléments auxquels la psychanalyse parvient dans l'analyse de la sexualité ; chacun de ces éléments se spécifie par une source (par exemple pulsion orale, pulsion anale) et un but (par exemple pulsion de voir, pulsion d'emprise). Il y a les pulsions d'autoconservation qui sont l'ensemble des besoins liés aux fonctions corporelles nécessaires à la conservation de la vie de l'individu ; la faim en constitue le prototype. Il y a les pulsions de mort, qui sont une catégorie fondamentale de pulsions et qui s'opposent aux pulsions de vie, et qui tendent à la réduction complète des pulsions, c'est-à-dire à ramener l'être vivant à l'état anorganique. Tournées d'abord vers l'intérieur, et tendant à l'autodestruction, les pulsions de mort seraient secondairement dirigées vers l'intérieur, se manifestant alors sous la forme de la pulsion d'agression ou de destruction. Et enfin les pulsions de vie, grande catégorie que Freud oppose aux pulsions de mort. Elles tendent à constituer des unités toujours plus grandes et à les maintenir. Les pulsions de vie, qui sont désignées aussi par le terme d'Eros, recouvrent non seulement les pulsions sexuelles proprement dites, mais encore les pulsions d'autoconservation. Les pulsions du moi désignent des pulsions spécifiques dont l'énergie est placée au service du moi dans le conflit défensif, elles sont assimilées aux pulsions d'autoconservation et opposées aux pulsions sexuelles. Les pulsions sexuelles consistent en une poussée interne que la psychanalyse voit à l'œuvre dans un champ beaucoup plus vaste que celui des activités sexuelles au sens courant du terme. Freud postule l'existence d'une énergie unique dans les vicissitudes de la pulsion sexuelle, c'est la libido. Il voit dans la pulsion sexuelle un pôle nécessairement présent du conflit psychique, elle est l'objet privilégié du refoulement dans l'inconscient, in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 359-385.

inconsciente, jusqu'à ce que la traduction des phénomènes inconscients parvienne au conscient, via le travail psychanalytique.

Ainsi, « la censure à laquelle le moi³⁹⁴, pôle central de la personnalité soumet certaines pulsions inconscientes, a pour effet de les refouler. Toutefois, même refoulées, ces forces pulsionnelles ne sont pas détruites. Leur action sur le psychisme continue à être efficiente »³⁹⁵. Le psychisme les transforme, les déplace, les réorganise, il reste au psychanalyste à aider l'analysant à décrypter le labyrinthe qui en résulte. L'inconscient oriente de façon souterraine tout ce que nous sommes³⁹⁶. Il n'est rien moins que notre rapport à la vérité et au désir, sachant que « la conception freudienne du désir concerne par excellence le désir inconscient, lié à des signes infantiles indestructibles³⁹⁷. Désirs manifestés à l'état brut par le Ça³⁹⁸, pôle pulsionnel de la

³⁹⁴ Le « moi » est l'une des trois instances psychiques identifiées par Freud, il n'est en langage psychanalytique que le produit d'identifications hétérogènes, un facteur de liaison des processus psychiques en dépendance des deux autres instances, il est « dans une relation de dépendance tant à l'endroit des revendications du ça que des impératifs du surmoi et des exigences de la réalité. Bien qu'il se pose en médiateur, chargé des intérêts de la totalité de la personne, son autonomie n'est que toute relative », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 56.

³⁹⁵ Dominique RENAULD (préf.) « Le gouffre de l'inconscient », in Sigmund FREUD, *L'inconscient*, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2013, p. 34.

³⁹⁶ A propos son parcours analytique, Georges Perec écrit : « De ce lieu souterrain, je n'ai rien à dire. Je sais qu'il eut lieu et que, désormais, la trace en est inscrite en moi et dans les textes que j'écris. Il dura le temps que mon histoire se rassemble : elle me fut donnée un jour, avec surprise, avec émerveillement, avec violence, comme un souvenir restitué dans son espace, comme un geste, une chaleur retrouvée », in Georges PEREC, *Penser/Classer*, Points, Points Essais, 2015, 208 p.

³⁹⁷ Concernant la notion de désir, « Jacques Lacan s'est employé à recentrer la découverte freudienne sur la notion de désir et à remettre celle - ci au premier plan de la théorie analytique. Dans cette perspective, il a été conduit à la distinguer de notions avec lesquelles elle est souvent confondue, comme le besoin et la demande. Le besoin vise un objet spécifique et s'en satisfait. La demande est formulée et s'adresse à autrui ; si elle porte encore sur un objet, celui-ci est pour elle inessentiel, la demande articulée étant en son fond demande d'amour. Le désir naît de l'écart entre le besoin et la demande ; il est irréductible au besoin, car il n'est pas dans son principe relation à un objet réel, indépendant du sujet, mais au fantasme ; il est irréductible à la demande, en tant qu'il cherche à s'imposer sans tenir compte du langage et de l'inconscient de l'autre, et exige d'être reconnu absolument par lui », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, pp. 120-122.

³⁹⁸ Le ça (ou « Es » en allemand, terme que Nietzsche avait utilisé pour désigner les « instincts ») désigne en psychanalyse le domaine des pulsions inconscientes, l'objectif d'une cure psychanalytique étant de ne plus être tourmenté par lui. Le ça est désorganisé, il ne fonctionne qu'en vertu du principe de plaisir, il est amoral, omniprésent et omnipotent, il se comporte en tyran. « Ses contenus, expression psychique des pulsions, sont inconscients, pour une part, héréditaires et innés, pour d'autres refoulés et acquis. Du point de vue économique, le ça est pour Freud le réservoir premier de l'énergie psychique ; du point de vue dynamique, il entre en conflit avec le moi et le surmoi », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 56.

personnalité, réservoir de la libido et plus généralement de la plus grande part de l'énergie pulsionnelle de l'individu. Désirs qui se heurtent à l'interdit, à la loi du surmoi³⁹⁹ assimilable à celle d'un juge ou d'un censeur à l'égard du moi ; c'est l'instance qui incarne la Loi et interdit qu'elle soit transgressée. Alors tandis que l'individu refoule le désir, le refoulé, accumulé dans l'inconscient, continue d'agir et de structurer le psychisme. C'est là que le bât blesse, car les désirs inconscients, insatisfaits, refoulés, ballotés entre les exigences contradictoires des revendications pulsionnelles inconscientes, et la conscience éduquée, sont à l'origine de manques que l'individu cherche à combler au travers de choix apparemment conscients et réfléchis, mais pour la plupart inconnaissables à lui-même. Le psychisme est le fruit d'une intrication du conscient et de l'inconscient, irrigués de désirs inassouvis. Le sujet se construit autour de ce manque.

L'inconscient peut au bout du compte se définir par une suite de négations qui a longtemps effrayé les juristes : il n'est pas une chose, il ignore le temps⁴⁰⁰, il est indifférent à la contradiction, ce qui lui permet d'intégrer des désirs très ambivalents. Il n'a aucun sens de la réalité, il est fou. Cette absence de matérialité rend ce concept discutable mais sa transposition en droit n'est pas pour autant impossible.

B. La transposition du concept d'inconscient en droit

Le concept d'inconscient n'est pas un concept pur de la théorie psychanalytique. Sa transposition en droit est possible pour analyser le processus d'identification mais soulève quelques craintes et rencontre différents obstacles méthodologiques. Ces difficultés varient selon que l'on se situe sur un terrain pratique ou théorique. Elles impliquent des transformations et un saut imaginaire.

³⁹⁹ Concernant le surmoi, « Freud voit dans la conscience morale, l'auto-observation, la formation d'idéaux, des fonctions du surmoi. Classiquement le surmoi est défini comme l'héritier du complexe d'Œdipe ; il se constitue par intériorisation des exigences et des interdits parentaux », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 471.

⁴⁰⁰ Les processus inconscients sont intemporels, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas transformés par le temps qui passe, ils n'ont aucune espèce de relation avec la chronologie.

1°) *La réception pratique du concept d'inconscient*

C'est d'abord sur un terrain pratique que le concept d'inconscient est mobilisé en droit. Le terme est depuis de très nombreuses années utilisé dans les enceintes judiciaires. L'expertise « psy » est « non seulement l'un des outils à la disposition de la justice pour *individualiser* la peine, mais aussi un outil d'*évaluation morale* de la personne et de ses composantes »⁴⁰¹. Si aujourd'hui le recours à l'expert « psy » s'est banalisé, encore faut-il préciser l'utilité de la psychanalyse par rapport à la psychiatrie.

Le recours à l'expertise psychiatrique sur un terrain pénal est depuis longtemps acquis. Puniton divine, la folie ne relevait que de l'expiation, ou du châtement exercé par le dieu lui-même⁴⁰². Les fondations de la responsabilité pénale reposent sur la distinction entre les personnes « saines » et les « malades mentaux »⁴⁰³ et le recours à l'expert médical dans nos sociétés modernes est indispensable pour opérer le partage. Seule la personne « normale » qui n'est pas atteinte d'une pathologie psychique voit sa responsabilité engagée. Si ce principe est discuté⁴⁰⁴, il reste solidement ancré. Dans cette perspective, l'expert cherche à savoir si la personne dispose d'un libre arbitre au moment des faits et si elle est consciente de ses actes. C'est un problème de pathologie médicale essentiellement et il faut identifier le type de psychose dont souffre ou non une personne. Son fonctionnement inconscient est moins utile à interroger.

Cette question peut surgir s'il faut notamment évaluer le préjudice psychique, qui se distingue du préjudice moral ou physique⁴⁰⁵ car il faut tenir compte non seulement des atteintes

⁴⁰¹ Cf. Fabrice FERNANDEZ, Samuel LEZE, Hélène STRAUSS, « Comment évaluer une personne ? L'expertise et les usages moraux », in *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010, p.177.

⁴⁰² Cf. Yves HEMERY, « Irresponsabilité pénale, évolution d'un concept », in *L'information psychiatrique*, 2009, n°8, p.727.

⁴⁰³ Cf. l'article 122-1 du Code pénal qui prévoit que : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

⁴⁰⁴ Cf. le rapport au Sénat de Nathalie Goulet, du 19 mai 2021, sur la modification de l'article 122-1 sur l'irresponsabilité des malades mentaux.

⁴⁰⁵ Cass. Civ 2^{ème}, 18 janvier 2018, n°16-28392. Dans cette affaire, les parents d'un petit garçon de 2 ans sont assassinés le 31 janvier 1997. L'administrateur légal du jeune orphelin saisit la CIVI aux fins d'obtenir l'indemnisation de ses préjudices. La CIVI (Commission d'indemnisation des victimes d'infractions) l'indemnise de son préjudice moral pour la somme de 45 734€. L'administrateur, sollicite par une nouvelle requête l'indemnisation de différents préjudices, dont le préjudice psychique. Après expertise médicale, le versement d'une indemnité de 100 000€ est accordée par la CIVI. Le FGTI (Fonds

conscientes mais aussi des atteintes inconscientes. Ainsi, la violence psychique d'un attentat, un viol ou encore une agression ne peut être ignoré et Sandor Ferenczi a bien décrit la force destructrice du traumatisme : « si le trauma touche le psychisme ou le corps sans préparation, c'est-à-dire sans contre-investissement⁴⁰⁶, alors il agit sur le corps et l'esprit de façon destructrice, c'est-à-dire perturbante, par fragmentation. La force qui maintient ensemble les éléments séparés, manque. Fragments d'organe, éléments d'organe, fragments et éléments psychiques sont dissociés »⁴⁰⁷.

C'est dans l'hypothèse où les « traces de cataclysme »⁴⁰⁸ sont difficilement repérables que l'apport de la psychanalyse prend tout son sens. Tout ce qui se passe dans le psychisme n'est pas clairement observable et connaissable directement sur le terrain médical⁴⁰⁹. Au-delà de la question de l'évaluation d'un dommage psychique, le recours à la psychanalyse et à son concept d'inconscient est utile chaque fois que le juge doit trancher une situation conflictuelle douloureuse qui implique une compréhension du fonctionnement psychique d'une personne⁴¹⁰. C'est l'hypothèse par exemple d'un changement d'identité. Lors de chaque décision importante concernant l'identité d'une personne, s'entrecroisent des motivations conscientes et des désirs

de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres actions) soulève des moyens d'irrecevabilité en appel, il est débouté et forme un pourvoi en cassation : « alors, selon le moyen, que la demande d'indemnisation d'un chef de préjudice déjà réparé par une décision précédente se heurte à la chose jugée et est, partant, irrecevable ; qu'en jugeant que la demande, formulée par M. Jean-Laurent Y..., tendant à l'indemnisation de son « préjudice psychologique », n'avait pas le même objet que celle, tendant à la réparation de son « préjudice moral », qui avait donné lieu à une décision définitive rendue le 25 mars 2002 par la commission d'indemnisation des victimes d'infractions du tribunal de grande instance d'Ajaccio, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1351, devenu 1355, du code civil ». La Cour de cassation répond en distinguant le *préjudice psychique* du *préjudice moral* de l'enfant : « (...) Qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que, sous couvert de réparation d'un préjudice psychologique, M. Jean-Laurent Y... sollicitait l'indemnisation d'une atteinte à son intégrité psychique, préjudice distinct du préjudice moral déjà indemnisé, en a exactement déduit que la demande ne se heurtait pas à l'autorité de la chose jugée et était recevable ».

⁴⁰⁶ Ce qui signifie sans se prémunir contre « l'occupation ».

⁴⁰⁷ Sandor FERENCZI, *Journal clinique*, 25 mars 1932, p. 122.

⁴⁰⁸ Pierre DELAUNAY, « Traumatisme et psychanalyse », *VST - Vie sociale et traitements*, op. cit., pp. 9-13.

⁴⁰⁹ Sigmund FREUD, *L'inconscient*, op. cit., p. 48.

⁴¹⁰ Cf. l'article 1183 du Code de procédure civile : « Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examen médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative ».

profonds : même dans ce que nous voulons, une part de nous-même ne le désire pas, et inversement, de telle sorte que la causalité d'un acte ou d'un fait peut être profondément intrapsychique, et cette « connaissance bouleverse le rapport du sujet à lui-même car en moi-même quelque chose dont je ne suis pas le maître s'évertue à penser comme à ma place »⁴¹¹. Ici, il ne s'agit pas de savoir si la personne est « saine » ou « malade » et d'opposer la personne « normale » à la personne « anormale », puisque l'anormalité et la folie sont toujours présente en chacun. L'approche psychanalytique permet d'échapper à la fois au regard médical froid et au jugement de valeur.

Mais surtout, avec l'inconscient, le concept de plaisir devenu central permet de mieux décrypter le processus d'identification. À la recherche de la satisfaction de ses désirs, mû par l'exigence de ses pulsions qui ne se montrent pas à l'état brut mais qui sont figurées par leurs « représentants », l'inconscient constamment régi par le principe de plaisir⁴¹², obéit dans sa quête à des lois propres, telle que l'intemporalité (il ne vieillit pas, il n'oublie rien, il archive tout, pour lui tout est contemporain), l'absence de négation ou de certitude, l'indifférence à la contradiction morale ; il affleure le conscient par la voie des fantasmes⁴¹³, des lapsus, des rêves⁴¹⁴, des complexes, des mots d'esprit, retranscrits par le langage, et toute la symbolique humaine. Ce principe du désir est donc déterminant pour comprendre le fonctionnement d'une personne en quête d'identité. Ce désir ne passe la barrière du conscient que sous forme de

⁴¹¹ Dominique RENAULD, « Le gouffre de l'inconscient », in Sigmund FREUD, *L'inconscient, op. cit.*, p. 24.

⁴¹² Selon la psychanalyse, le plaisir n'a pas avant tout un sens hédoniste, en cela il rompt avec le sens habituel de la notion de plaisir. Il n'est pas une incitation à accumuler des jouissances variées, mais il est une tendance à épargner l'excitation. Le principe de plaisir est l'« un des deux principes régissant, selon Freud, le fonctionnement mental : l'ensemble de l'activité psychique a pour but d'éviter le déplaisir et de procurer le plaisir. En tant que le déplaisir est lié à l'augmentation des quantités d'excitation et le plaisir à leur réduction, le principe de plaisir est un principe économique », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 332.

⁴¹³ Le fantasme est un scénario, une construction imaginaire où le sujet est présent et qui figure de façon plus ou moins déformée par les processus défensifs, l'accomplissement d'un désir et, en dernier ressort, d'un désir inconscient. Il peut revêtir des formes très diverses, et l'on distingue parfois le fantasme conscient et le fantasme inconscient. Mais même conscient, le fantasme a toujours des raisons inconscientes. La distinction entre fantasme conscient et inconscient a été introduite par Mélanie Klein, qui, lorsqu'il s'agit de fantasme inconscient, l'orthographe « phantasme ».

⁴¹⁴ La violence qui émane de certains rêves met en évidence la force de nos désirs pulsionnels restés insatisfaits.

compromis, c'est-à-dire à travers un éventail de symptômes psychiques⁴¹⁵. La recherche de satisfaction emprunte des détours en fonction des conditions imposées par le monde extérieur⁴¹⁶, détours qu'il faut connaître pour saisir le cheminement du processus d'identification d'une personne.

Enfin, il faut convenir que si le recours au psychanalyste dans le cadre d'un procès n'est pas nouveau, il n'est pas sans difficulté. On sait que l'inventeur de la psychanalyse est très peu intervenu dans les prétoires, et que son ami, Sandor Ferenczi, à la fin de la première guerre mondiale, fut sollicité afin d'examiner un homosexuel dans le cadre d'une affaire judiciaire⁴¹⁷. Depuis, de nombreux psychanalystes entretiennent des dialogues avec les magistrats⁴¹⁸. L'inconscient est donc un concept qui est loin d'être ignoré, même si la place de l'expert dans le processus judiciaire est discutable. Sans trop rentrer dans les détails, il est évidemment important que le rapport d'expertise psychanalytique ne se constitue pas en « preuve » au soutien d'une accusation bancaire⁴¹⁹.

Au bout du compte, l'intérêt de la parole psychanalytique dans le cadre d'un procès est que par principe, elle renonce au statut de « vérité ». On doit se garder, ainsi que l'explique Jean Clavreul, « du leurre qui prétend que les *Lumières* viennent éclairer le monde et que seules subsistent quelques zones d'ombre qu'il convient de dissiper ». C'est toute la richesse de la découverte de l'inconscient que d'accepter que nous ne puissions connaître que « les premiers balbutiements »⁴²⁰ de l'identité d'une personne. Il est par conséquent important que la doctrine juridique puisse se saisir du concept d'inconscient.

⁴¹⁵ Dominique RENAULD, « Le gouffre de l'inconscient », in Sigmund FREUD, *L'inconscient*, op. cit., p. 33.

⁴¹⁶ Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 336.

⁴¹⁷ Ferenczi mentionne cette expertise dans sa *Correspondance* avec Freud les 28 février et 3 mars 1918, Éd. Calmann-Lévy, 1996, t. 2, p. 298 et 300.

⁴¹⁸ Cf. par exemple l'ouvrage d'entretien de Françoise DOLTO et d'Andrée RUFFO, *L'enfant, le juge et la psychanalyste*, éd. Gallimard 1999, 118 p.

⁴¹⁹ Cf. Brigitte GALTIER, « La psychologie est une arme à double tranchant : Sigmund Freud et l'expertise judiciaire », in revue *Droits et Cultures*, 2010, p. 143.

⁴²⁰ Jean CLAVREUL, *L'Homme qui marche sous la pluie : Un psychanalyste avec Lacan*, Odile Jacob, Psychologies, 2007, p. 33.

2°) L'usage du concept d'inconscient par la doctrine

Toute activité de connaissance consiste à poser des mots sur des choses. Dans leur travail « d'identification, de description, de *systematisation*, de critique, de proposition, de production du droit », les juristes mettent donc en œuvre un certain nombre de notions, « dont le rôle est, *grosso modo*, de leur permettre d'appréhender une masse mouvante et *a priori* indifférenciée de phénomènes »⁴²¹. La doctrine dispose ainsi d'une boîte à outils, héritée de génération en génération. Cet ensemble de concepts n'est pas neutre car chaque unité s'accompagne d'une représentation du monde. « Il n'existe donc pas d'observation neutre, universelle et anhistorique »⁴²². Les concepts employés ne sont pas intangibles. Ils dépendent de l'usage que l'on en fait. Comme le dit d'une manière directe Mikhaël Xifaras, « le droit c'est ce que font les juristes »⁴²³ et le contenu de leur boîte à outils témoigne de leurs stratégies.

Il n'y a donc pas d'antinomie de principe à l'utilisation du concept d'inconscient en droit. Il faut simplement s'interroger sur les comportements des acteurs de la science du droit dans leur manière de réceptionner ou non le concept d'inconscient.

Il y a bien sûr une résistance traditionnelle de la science du droit lorsqu'apparaît dans le langage juridique de nouveaux matériaux importés d'une autre discipline. Ainsi, peut-on se rappeler de la prudence des auteurs lorsque Léon Duguit utilise le concept biologique d'organe pour penser l'État ou encore le concept de norme qu'il emprunte à la sociologie de Durkheim. On peut aussi évoquer les réserves à l'encontre du concept de régulation, concept importé de la biologie, utilisé par l'économie, ou encore celui de précaution, issu de la philosophie morale. Les matériaux des juristes sont bien souvent faits d'emprunt. Et l'on peut raisonnablement penser que le concept d'inconscient pourrait entrer en scène dans le théâtre doctrinal, d'autant plus que les psychanalystes n'ont pas de propriété sur ce mot. Trois arguments peuvent être mobilisés pour plaider pour son utilisation dans le cadre de cette thèse.

⁴²¹ Sur cette nécessité du concept, voir l'article de Guillaume TUSSEAU, « Critique d'une méta notion fonctionnelle, la notion (trop) fonctionnelle de *notion fonctionnelle* » in *RFDA*, p.641.

⁴²² Cf. Guillaume TUSSEAU, *op.cit.* p.641.

⁴²³ Cf. Mikhaël XIFARAS, *Théories des personnages juridiques*, *RFDA* 2017, p.275.

Tout d'abord le concept d'inconscient est un **moyen d'accès** indispensable pour comprendre les demandes de changement d'état civil. Nous avons vu que la limite des concepts de volonté, de conscience, d'intention et de consentement pour décrire les motifs profonds d'une demande de changement de nom ou de sexe. Et si nous voulons nous approcher un peu plus du réel, il faut bien utiliser le mot le plus précis qui puisse permettre un accès. Pierre Legendre a bien montré ce que la doctrine perdait, en ignorant le concept d'inconscient. Et aujourd'hui, on peut se sentir démuni pour penser juridiquement le phénomène identitaire.

Le concept d'inconscient est aussi un **moyen de répondre** à des questions. Les concepts ne donnent pas un accès direct et vrai au réel inconnaissable. Sinon, cela sous entendrait que le réel est un donné fixe et accessible, que l'on peut atteindre en suivant tel ou tel chemin. D'une manière générale, l'épistémologie moderne a montré que le réel n'est jamais un donné qu'il faut décrire, mais qu'il n'est accessible que par le questionnement⁴²⁴. Les faits ne nous disent rien. Il faut savoir les interroger avec des mots. L'importance du questionnement concerne essentiellement le domaine psychique, car les données sont particulièrement fuyantes. Et il faut être bien armé avant de se risquer à analyser le processus psychique des personnes en crise d'identité. Bien-sûr, croire en la perception du psychisme relèverait d'une grande vanité. « La perception « c'est *la chose déjà atteinte* »⁴²⁵ et en matière d'identité, comprendre le processus psychique d'une personne est extrêmement compliqué.

Enfin, le concept d'inconscient est un **outil critique** car il oblige celui qui parle d'identité, à dire aussi d'où il parle. Le juriste, législateur, juge ou auteur de doctrine, n'échappent pas à son inconscient. Si celui-ci ne transparait pas dans les écrits du législateur ou du juge qui ressortent d'une parfaite maîtrise, l'inconscient peut surgir dès lors qu'ils prennent la parole ou lorsqu'ils analysent avec une certaine liberté critique des décisions de justice. Lacan n'hésitait pas à affirmer que « l'inconscient, c'est la politique »⁴²⁶. Et la fabrication de la loi, aujourd'hui délirante, est fatalement imprégnée d'une économie libidinale. Le législateur, en codifiant et

⁴²⁴ Cf. Gaston BACHELARD selon lequel « toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit ». *La formation de l'esprit scientifique* (1938), éd. Vrin 1970, p.14.

⁴²⁵ Jocelyn BENOIST, *Concepts, une introduction à la philosophie*, éd. Champs, col. Essais, 2010, p.47.

⁴²⁶ Jacques LACAN, Leçon du 10 mai 1967, Séminaire XIV.

encadrant le réel, n'en finit pas de jouir de sa toute puissance⁴²⁷. Et nous verrons dans le titre suivant que le recours à la jouissance est au cœur de la question juridique de l'appropriation de notre corps. Source de l'interdit, la loi participe directement à la construction du désir, car celui-ci se construit dans la reconnaissance des limites et dans la transgression.

Le discours de la doctrine n'est pas non plus produit d'un lieu supérieur, le méta-droit, qui échapperait à l'inconscient. Nombre de textes doctrinaux utilisent des expressions psychanalytiques telles que « refouler ses désirs », « lapsus révélateur », « mots d'esprits », « acte manqué », « tabous » et témoignent du fait que l'inconscient œuvre et nous travaille sans cesse en toutes situations à travers tout un ensemble de signes et de comportements⁴²⁸. Mais au-delà de l'utilisation d'un lexique, les auteurs, comme l'auteur de cette thèse, n'échappent pas à leurs histoires, leurs névroses et leurs perversités. Il est donc important de préciser, un peu comme le fait Duncan Kennedy, la position sociale d'où on écrit⁴²⁹. Le *Je* remplace l'usage du *nous* académique et Je dois bien reconnaître que mon désir d'écrire une thèse sur l'identité de la personne humaine est directement en lien avec mon histoire, celle d'une femme belge issue d'une minorité francophone dans un contexte linguistique tendu, aînée de sa fratrie, qui à 18 ans a choisi de quitter son pays pour vivre en Bretagne. Une mère de 4 enfants, qui s'est construite dans un milieu hétérosexuel blanc plutôt bourgeois et qui a éprouvé le désir de faire des études de droit, sans doute pour régler un problème avec un père qui a travesti son identité personnelle, nous a menti sur notre identité familiale et nous a mystifiés avec une généalogie imaginaire. L'essentiel de ce que j'ai à dire sur ma thèse porte sur la souffrance d'un manque de reconnaissance des personnes en crise d'identité et il est certain que mon argumentation et mes hésitations sont intimement liées à mon histoire inconsciente. Derrière la question de l'identité, je présume un rapport de domination que j'aimerais voir évoluer et je ne cherche pas à décrire d'une manière neutre le dispositif juridique qui permet d'assigner une identité à une personne.

⁴²⁷ Cf. Vincent AUBELLE, *op.cit.* p.133.

⁴²⁸ Au quotidien, la psychanalyse permet la compréhension de phénomènes tant pathologiques que parfaitement courants et ordinaires, car au travers de méprises, de défaillances, se manifeste un désir refoulé qui contredit l'intention consciente, c'est ce que Freud nomme « psychopathologie de la vie quotidienne », in Sigmund FREUD, *Psychopathologie de la vie quotidienne*, Petite bibliothèque Payot, 2004, 370 p.

⁴²⁹ Cf. la propre présentation de Duncan KENNEDY, *Sexy dressing, Violences sexuelles et érotisation de la domination*, *op.cit.* p.63.

Il est certain qu'un tel positionnement est risqué. Nous n'hésitons pas à expliquer que les textes de lois ou encore les décisions de justice sont liées à un contexte extérieur, politique, économique, sociale et culturel. Le mérite d'introduire le concept d'inconscient dans le discours doctrinal est de nous contraindre à examiner la dimension érotique et intime de ce que la doctrine raconte, d'interroger la jouissance des auteurs qui en appellent à la pureté du droit et les dénis et impensés de la discipline.

Il reste que l'évaluation du « choc » inconscient que la conscience ne peut ni réduire, ni assimiler car « seul est oubliable le souvenir », représente une difficulté majeure⁴³⁰. En effet, chaque auteur est unique, et les traces de l'inconscient sont dérobées au conscient. Certes, nous nous souvenons de certains événements traumatiques et nous pouvons faire le récit de notre vie. Nous avons aussi un certain nombre de souvenirs inconscients qui peuvent éventuellement être ramenés à la conscience, notamment à travers des rêves et des cauchemars éternellement présents. Mais ce qui nous constitue opère dans notre dos lorsque nous écrivons. Et si l'on comprend que les auteurs préfèrent garder pour eux ce qui les conduit inconsciemment à produire tel ou tel texte, on ne peut pas faire comme si en tant que sujets connaissant, ils examinaient les questions de l'identité en écrivant d'une manière parfaitement neutre. Il semble important d'éviter toute rhétorique qui ferait croire en l'objectivité d'un discours scientifique débarrassé de toutes les traces de notre subjectivisme.

Au bout du compte, on mesure que la conceptualisation juridique de la personne humaine est aporétique. Le droit qui doit permettre de trancher des situations et de décider juridiquement ne se satisfait pas d'approximation. Pour le juriste, la pensée consciente, rationnelle, est visible, elle domine. C'est celle de la méthode, celle qui analyse, c'est la pensée utile. Elle critique, met en cause et apprécie ce que les savoirs décrètent, elle cherche le sens, le pourquoi et le comment de ce qui est établi. Elle imagine, échafaude, projette, planifie, expérimente, réfléchit ; elle n'en finit pas de découvrir, elle nourrit l'interprète, qualifie, déduit, conceptualise, etc. Elle investigate, elle cherche à connaître, à cerner le réel, mais son moteur premier, enfoui dans ses profondeurs, c'est le désir inconscient.

⁴³⁰ *Ibid.*

S'il le peut, le juriste ne s'aventurera donc pas sur les berges peu stables de l'inconscient, dont on sait que le défoulement requiert un processus psychanalytique long et difficile. Il reste que certains objets juridiques notamment quand ils touchent au droit des personnes ne peuvent se permettre d'ignorer la part psychique des décisions et des analyses doctrinales. Si le juriste s'intéresse à la fabrique juridique de l'identité, le discours de la prudence qui « argumente, discute, jauge et juge »⁴³¹ sera difficilement tenable. En matière d'identité, tout est délirant et il importe de questionner nos propres aveuglements, « jusqu'à donner une furieuse envie de décadenasser le placard aux cadavres, celui de la Loi immaculée et du Droit impeccable »⁴³².

Conclusion du chapitre I

À la recherche de ce qui constitue les fondements de l'identité de la personne, la confrontation des conceptions de la personne humaine comme être pensant en droit et en psychanalyse met en évidence le fossé entre ces deux formes de savoir. Les concepts inhérents au droit et à la psychanalyse ne se recoupent pas. Leurs points de départ sont très différents.

Il reste que l'inconscient et le refoulement ne sont pas des concepts réservés à la psychanalyse comme le concept de Loi, ne relève pas du monopole du juriste. L'utilisation du concept d'inconscient est indispensable pour comprendre l'économie psychique d'une demande de changement d'identité. Et si ce braconnage sur les terres de la psychanalyse peut ressembler pour certains à un errement inutile, il est indispensable pour tenter de voir ce qui se joue dans nos délires identitaires. La vivacité des débats le démontre bien. L'identité d'une personne ne résulte pas de la volonté consciente ou d'une intention quelconque. Elle engage la personne dans ses abysses. Et ce n'est qu'en prenant en compte toute la mesure du poids de nos héritages culturel et langagier qui alourdissent notre pensée, que nous pourrions arriver à décrypter les récits constitutifs des identités. Processus narratif central, qu'il faut dès lors interroger.

⁴³¹ Etienne PICARD, « Avant-propos », in *L'imaginaire en droit*, Mathieu DOAT, Gilles DARCY (dir.), Bruxelles, Bruylant, Penser le droit, 2011, p. 90.

⁴³² Raphaël DRAÏ, « *Le plus grand mensonge du monde* » *Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann Philosophie, 2010, pp. 19-20.

Chapitre II

La narration comme outil d'élucidation de l'identité humaine

« Les mots qui vont surgir savent de nous ce que nous ignorons d'eux »⁴³³.

René Char

L'identité de la personne humaine n'est pas le simple produit d'une volonté toute puissante capable juridiquement d'affirmer un *Je*. Elle résulte d'une histoire de la personne en partie refoulée. Elle se construit, dès la naissance, notamment à travers l'expérience linguistique qui la confronte à son altérité intérieure, mais aussi à son altérité extérieure. C'est par la mise en mots de son expérience, par la représentation d'évènements, par la narration d'elle-même et de tout ce qui lui est propre, qu'une personne se structure, exprime son désir, énonce ce qu'elle pense, ce qu'elle ressent, ce qu'elle veut, ou croit vouloir. Elle se raconte, que ce soit devant le juge, l'administration, ou le psychanalyste, pour être entendue, pour se faire connaître, pour être comprise et se comprendre elle-même. Rendre compte de soi, c'est rendre compte de ses actions, de ses pensées, c'est prendre un recul réflexif et donner un sens contingent aux événements vécus. La psychanalyse se sert du langage comme d'un vaisseau pour atteindre l'individu là où il se trouve, là où il s'invente et se construit, tandis que le droit manie les mots pour l'identifier à travers fictions et formules.

La narration de soi n'est pas toujours passée par les mots, il fut un temps, celui des sociétés humaines les plus reculées, où sans doute le langage tel que nous le pratiquons depuis des

⁴³³ René CHAR, *Sept saisis par l'hiver*, in *Chants de la Balandrane*, « Ma feuille vineuse », Gallimard, 1977, p.16.

millénaires, n'existait pas, et où, à l'image des milieux animaux, des mécanismes instinctifs permettaient l'expression, la communication entre êtres humains⁴³⁴. Aujourd'hui, le droit et la psychanalyse concourent à l'architecture du concept d'identité narrative qui permet non seulement d'appréhender la complexité de l'individu à travers sa construction réelle et fantasmée, mais de l'ordonner dans le temps, et plus précisément dans le mouvement et la durée. Tout l'enjeu de la narration d'un vécu, entre récit historique et imagination, est, en sus de la connaissance de la réalité apparente, celle de la réalité cachée. C'est un entendement dont la pertinence nécessite quelques distorsions au regard d'une certaine fixité des concepts juridiques, incompatible avec la mouvance de l'identité personnelle qui, au-delà de la fiction utilitariste, doit être saisie dans sa singularité. La mise en récit de l'histoire d'une personne (Section I) conduit à discerner la complexité de sa construction identitaire (Section II).

Section 1

La mise en récit de la personne

« Toute notre vie n'est, à bien prendre, qu'une fable, notre connaissance qu'une ânerie, nos certitudes que des contes : bref, tout ce monde n'est qu'une farce et une perpétuelle comédie »⁴³⁵.

La Motte Le Vayer

Le langage est essentiel à la constitution de soi. Dans toutes les cultures⁴³⁶ on raconte sa vie. On « se la raconte ». On se construit comme un récit ou comme une suite de récits, dynamiques, quels que soient le sens, la logique, ou la chronologie des mots choisis, surgis, associés,

⁴³⁴ Paul CHAUCHARD, *Sociétés animales, société humaine*, PUF, Que sais-je, n° 696, 1956.

⁴³⁵ Cité par Michel VILLEY, *Critiques de la pensée juridique moderne : douze autres essais. Notes sur le concept de propriété*, Dalloz, 1976, p. 114.

⁴³⁶ La « culture » pouvant être définie comme « un ensemble de savoirs, savoir-faire, règles, stratégies, habitudes, coutumes, normes, interdits, croyances, rites, valeurs, mythes, idées, acquis, qui se perpétue de génération en génération, se reproduit en chaque individu et entretient, par génération et régénération, la complexité individuelle et la complexité sociale. La culture constitue ainsi un capital cognitif, technique et mythologique non inné », in Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, p. 280.

assemblés, parfois chahutés. Une partie importante de notre identité personnelle est liée à nos souvenirs - en effectuant un « voyage mental dans le temps »⁴³⁷ qui assure la persistance du Soi - et au Soi narratif qui correspond à la conscience d'un Soi idiosyncratique, c'est-à-dire à la conscience que nous avons de notre manière d'être, de nous comporter et de réagir, qui nous est toute personnelle et particulière.

Jacques Lacan définit l'être humain comme « être parlant », à l'intérieur duquel ce n'est pas « je pense », mais « ça parle ». Notamment l'inconscient parle, il dépend du langage. Ce que nous sommes se joue avec les mots, dans les mots, entre les mots, derrière les mots, et notre vie entière se déroule, se dessine, à travers une foule d'évènements clairs et confus, que nous sélectionnons et assemblons, depuis nos bifurcations, nos engagements, nos déchirures, nos habitudes, nos désirs à géométrie variable⁴³⁸ ... jusqu'à nos oublis qui nous révèlent. Se raconter permet d'exister et d'atteindre une compréhension particulière de nos particularités personnelles qui au fil du temps se sont sédimentées. C'est une conquête permanente.

Toute démarche administrative, toute procédure juridique ou judiciaire s'accompagne du récit de notre identité. Nous donnons, et même nous « récitons » des éléments de notre parcours de vie, de notre situation passée, actuelle ou future⁴³⁹. À la fois notre narration nous construit, et elle nous conduit à « rendre compte » de nous-mêmes. Elle permet d'établir des faits qui pèsent sur le raisonnement du juge⁴⁴⁰ - sensible aux critères propres de la narration tels que respect d'une logique, d'une chronologie et d'un sens - qui reconstitue après-coup un récit plausible, vraisemblable, à partir de l'enchevêtrement des histoires constitutives d'un procès.

⁴³⁷ Alain BERTHOZ, « L'anticipation et le voyage mental : des propriétés fondamentales du vivant ? », in Alain Berthoz et Claude Debru (dir.), *Anticipation et prédiction. Du geste au voyage mental*, Odile Jacob, 2015, 295 p.

⁴³⁸ René GIRARD, *Géométries du désir*, L'Herne, Carnets de l'Herne, 2011, 218 p.

⁴³⁹ Nous racontons pourquoi nous voulons nous marier ou divorcer, obtenir un contrat de travail, ou une quelconque autorisation (un permis de construire, un permis d'inhumer, un prêt bancaire, etc.), et la lettre de motivation que l'on nous demande en maintes circonstances est l'un des endroits où s'exprime notre désir.

⁴⁴⁰ Le magistrat qui juge une affaire s'interroge quant à l'histoire des gens auxquels il fait face, les mécanismes qui entravent leur dialogue et les mène au conflit. Il peut recourir à une expertise psychiatrique pour essayer de comprendre l'architecture de leur relation, pour la déconstruire autant que possible, et bâtir un récit cohérent sur lequel s'appuyer. Mais déceler les éléments cachés de la narration que font les parties chacune de leur côté ressort inévitablement de mécanismes psychanalytiques complexes.

La narration de soi est une manière de mettre en forme l'expérience vécue, de l'inscrire dans le temps, faisant de l'identité un processus transitoire entre passé et futur, rendu intelligible à soi-même et à autrui. Toute narration impacte l'identité de celui qui veut atteindre un objectif, mais l'impact est bien différent quand cette narration est détricotée devant le psychanalyste. Sigmund Freud définissait la psychanalyse comme l'assomption - du latin de *assumere*, prendre sur soi - par le sujet de sa propre histoire, constituée de mots qu'il déploie pour l'autre, et pour lui-même. La psychanalyse est le règne de la parole, le récit est le remède qui permet au sujet d'aller à la rencontre de son propre inconnu, et de devenir lui-même, quand les mots prennent véritablement sens. Celui qui parle ne sait pas forcément tout ce qu'il dit, il use de métaphores, il cherche, à travers la narration de lui-même, à se révéler, à se comprendre, et le psychanalyste⁴⁴¹ identifie à travers les mots de l'analysant, les manifestations⁴⁴² de son inconscient psychique, constitué comme un langage truffé d'abstractions, qui correspond à ce qui est réellement dit. Le droit également véhicule un imaginaire fait de représentations multiples, de fictions, dont la part déterminante constitue une réaction fonctionnelle du psychisme humain, non directement susceptible d'être référée à une réalité⁴⁴³, mais dont la rationalité instrumentale aboutit à la construction d'identités personnelles composites, entre subjectivité et objectivité, (I), entre fiction et réalité (II).

I. La configuration du récit, entre subjectivité et objectivité

L'identité de la personne se raconte en se fondant sur un faisceau d'éléments et de facteurs que l'on considère comme objectifs ou subjectifs⁴⁴⁴. Chaque histoire de chaque personne s'appuie

⁴⁴¹ Wilfred Bion assimile le rôle du psychanalyste à celui de « sage-femme » d'une pensée qui se bat pour venir au monde, in Wilfred Ruprecht BION, (1979), P. Christophe, J.P. Colombier (trad.), « Tirer le parti d'une sale affaire », in *Mouvement psychanalytique*, 2002, vol. 4, n°1, p. 138.

⁴⁴² Les quatre grandes familles de manifestations de l'inconscient étant les symptômes, les actes manqués, les mots d'esprit et les rêves.

⁴⁴³ Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2002/1, n° 50, p. 127.

⁴⁴⁴ Lionel OBADIA, « Normativité contrastive de l'identité « moderne ». Approche critique et pragmatique de l'ontologie de la subjectivisation contemporaine », in Géraldine Aidan, Émilie Debaets (dir), *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 248.

sur des éléments qui pour certains, lui appartiennent complètement en tant que sujet⁴⁴⁵, et qui en même temps, pour d'autres, existent indépendamment de lui. Dans le système juridictionnel, le processus est que les parties racontent leur version des « faits », puis le juge extrait de cette narration un récit rationnel, et il tranche en établissant des comparaisons avec d'autres histoires et en appliquant la loi⁴⁴⁶. En psychanalyse, le processus est assez similaire : l'analysant expose son histoire personnelle, qui elle-même renvoie à d'autres histoires.

Dans les deux cas, des chronologies et des contextes sociaux et culturels sont décrits avec plus ou moins de précision. À travers l'indication d'un domicile et d'un lieu de naissance, une sociologie et une culture personnelle se dessinent. Être né dans tel quartier de Paris ou dans une petite ville de l'Ariège renseigne sur des origines qui peuvent être supposées⁴⁴⁷. Des éléments du quotidien dévoilent des pratiques banales plus ou moins consciencisées. Des événements embrouillés et des souvenirs peuvent faire surface.

Ces histoires racontées croisent d'autres récits qui s'y imbriquent, ceux de divorce, de liaisons, de rupture de contrat de travail, d'abandons, de trahisons, de viol ou encore de meurtre ... et qui renvoient à des mythes dans lesquels les héros vivent des aventures au sens fortement symbolique, comme celui d'Œdipe⁴⁴⁸ ou de Médée⁴⁴⁹, et qui peuvent être convoqués pour expliquer certaines formes de criminalité, la persistance des incestes, et plus simplement et

⁴⁴⁵ Selon le Dictionnaire Lalande, ce qui est subjectif appartient au sujet individuel qui agit et se détermine en fonction de critères personnels. Le subjectif « appartient à la pensée humaine et à la pensée humaine seulement, par opposition au monde physique, à la nature des objets auxquels elle s'applique », in André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie*, op. cit., p. 1037.

⁴⁴⁶ V. sur ce point, l'étude de Mathieu DOAT, « Le jugement comme un récit », in *L'office du juge*, op. cit., pp. 396-414.

⁴⁴⁷ De nombreuses narrations relevant de disciplines différentes peuvent en découler. Sociologie, ethnologie, anthropologie sont aussi des savoirs qui participent à l'élucidation de récits identitaires. V. pour un exemple marquant les travaux de Monique PINÇON-CHARLOT et Michel PINÇON sur les riches, notamment, *Dans les beaux quartiers*, Seuil, L'Épreuve des faits, 1989, 254 p.

⁴⁴⁸ La situation œdipienne constitue selon Sigmund Freud le problème fondamental de l'existence, vécu par tous les êtres humains quelle que soit leur culture d'appartenance : l'enfant, vers 3 et 5 ans, ressent des désirs amoureux envers le parent de sexe opposé, ainsi qu'une hostilité jalouse, avec vœu de mort, vis-à-vis du parent de même sexe. La manière dont cette situation est résolue joue, selon Freud, un rôle essentiel dans la constitution de l'identité adulte, en déterminant dans le psychisme sa conception de l'autorité, de l'amour, et des relations sexuelles.

⁴⁴⁹ Médée est une femme qui trahit son père et tue son frère, par amour pour Jason, l'argonaute, afin de l'aider à conquérir la Toison d'or. V. l'article de Peggy LARRIEU, « Le mythe de Médée à la lumière du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 69, n°2, 2012, pp. 83-105.

généralement, les conflits et les drames familiaux⁴⁵⁰. Les récits se composent donc de matériaux différents, objectifs et subjectifs. Dans le domaine du droit et de la psychanalyse, ils ont toutefois pour particularité commune d'aller au moins « par deux » : au cours d'un procès, les récits des parties s'opposent. Allongé sur un divan, l'analysant formule un récit conscient qui est confronté au récit inconscient. La manière dont les éléments objectifs et subjectifs s'assemblent est néanmoins très différente. Alors que les juristes configurent des récits pour les transformer en faits (A), la psychanalyse procède à l'inverse et vise à déconstruire les faits, pour mettre en lumière toute leur subjectivité (B).

A. Du subjectif à l'objectif : la fabrique des faits en droit

Parler de soi peut être difficile. Une personne ne trouve pas toujours les mots justes pour décrire ses sentiments surtout s'ils sont douloureux. Les dates et les événements peuvent surgir confusément, les faits se télescoper. Commencer par le début semble *a priori* simple mais quel est ce début lorsqu'une personne raconte son malaise d'être dans la peau d'un homme, alors qu'elle se sent femme, ou quand son sexe est juridiquement indéfinissable, ou quand elle veut changer de prénom ou de nom ? Le changement de prénom déjudiciarisé par la circulaire du 10 mai 2017⁴⁵¹ opère un changement qui peut être particulièrement profond, puisque l'officier d'état civil en l'accordant, participe, quand il s'agit d'une personne transsexuelle par exemple, à une reconnaissance sociale dans le sexe dont elle se réclame, mais il produit aussi un nouvel acte d'état civil sur lequel les juges pourront se fonder pour accorder ce changement de sexe. Les services de l'état civil peuvent donc devenir une ressource essentielle, avec ce bémol sans doute que le temps de latence entre le changement de prénom et l'éventuel changement de sexe, peut être inconfortable s'il faut présenter des papiers d'identité sur lesquels le prénom ne paraît pas conforme au sexe légal. Et la difficulté redouble s'il s'agit d'un demandeur d'asile qui ne maîtrise pas la langue du pays où il s'est réfugié.

⁴⁵⁰ Sur ces croisements, cf. Peggy LARRIEU, *Mythes grecs et droit, Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Presse de l'Université de Laval, Dikè, 2017, 255 p.

⁴⁵¹ Il s'agit de la circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil. La loi du 18 novembre introduit l'article 61-5 du Code civil qui exige pour le changement de sexe « une réunion suffisante de faits », dont éventuellement le changement de prénom.

Parler de soi est tout aussi difficile quand une personne s'engage dans un conflit juridique. Le premier récit est souvent incompréhensible. Incompréhensible, parce qu'à l'origine de ce que l'on appelle pudiquement un litige juridique ou un contentieux, on trouve des personnes qui ne se comprennent plus du tout et s'enferment dans l'antagonisme. La question alors est de connaître, de comprendre des éléments épars de leur vie, de les rassembler et de les configurer en un récit qui constituera juridiquement un construit de faits objectifs sur lesquels un jugement pourra se baser.

Le récit juridique ne s'élabore pas seul. Dans un premier temps, des avocats ou des associations peuvent aider un justiciable à reconstruire son histoire, et ceux qui écoutent ne sont généralement pas ménagés. La discussion commence parfois par des éléments sans importance, ou plus directement par ce qui pour la personne crée de la souffrance, de la détresse, de la colère, et la plonge dans le conflit. Il s'agit de poser des bases et de planter un décor où chaque acteur a sa place. Une certaine confiance doit s'établir car parler de son identité induit tout un récit de vie. Aussi faut-il dans la plupart des cas plusieurs rencontres pour mettre des mots sur une situation conflictuelle par exemple en matière de filiation : comment raconter l'histoire de l'enfant né d'un inceste ?⁴⁵² Comment établir la matière à partir de laquelle on construit un récit qui sera défendu devant un juge à qui on demande la reconnaissance d'une paternité ? Il y a un travail de questionnement, mais aussi de silence, car ce qui est raconté peut être particulièrement embarrassant. Ainsi, à un demandeur d'asile témoin du massacre de sa famille, on évitera de demander pourquoi il est toujours en vie⁴⁵³.

L'avocat puis le juge, pour comprendre l'histoire dont il est question, pour distinguer les éléments objectifs des éléments subjectifs doivent donc organiser un matériau très hétérogène, un agrégat de faits véridiques et imaginaires, qui devient compréhensible grâce à la

⁴⁵² Selon le juge français, l'enfant incestueux reste le seul enfant à l'égard duquel subsiste une prohibition en matière d'établissement du lien de filiation (Cour d'appel de Caen, 8 juin 2017, n°16/01314). Toutefois on peut penser que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait adopter une position différente car elle estime excessives les atteintes au droit du mariage. Le droit au respect de la vie familiale justifie la validité d'un mariage entre alliés en ligne directe : CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. / Royaume-Uni*, in *RTDCiv.*, 2005, p. 535, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; *ibid.* p.758, obs. Jean Hauser.

⁴⁵³ V. le témoignage d'Elodie GODARD, « Accueillir un récit de vie », *Rhizome*, 2018, n°69-70, p. 23 ; v. aussi, Jean-Michel BELORGEY, « Du récit de persécution », *Plein droit*, avril 2005, n°64.

configuration du récit⁴⁵⁴. Comme l'explique parfaitement Paul Ricœur, par rapport à l'histoire, l'innovation principale du récit « consiste dans l'invention d'une intrigue qui est une œuvre de synthèse : par la vertu de l'intrigue, des buts, des causes, des hasards, sont rassemblés sous l'unité temporelle d'une action totale. C'est une synthèse de l'hétérogène »⁴⁵⁵.

Le récit permet une distanciation par rapport à la violence vécue et à la souffrance endurée qui ont motivé la saisine du juge. Pour être racontés, les événements sont figurés et schématisés. En recomposant l'intrigue, l'avocat prépare la réception du récit par le juge. Il cherche à faire apercevoir le semblable, à comparer et à instaurer des similitudes avec d'autres affaires qui ont été jugées, en rapprochant des termes qui, d'abord apparemment éloignés, apparaissent soudain proches⁴⁵⁶. Il prend ensemble des actions de détail, des incidents de l'histoire, il les concentre vers une unité. Le récit livré initialement prend l'allure d'un grand écart entre ce qu'il y a de plus général, de conforme aux attentes sociales, et ce qu'il y a de plus personnel, et « d'englué » d'émotionnel.

Ainsi, les événements rapportés par les victimes, par leurs adversaires, et par les témoins perdent très vite de leur singularité, et les histoires deviennent intelligibles. Ce qui était le produit d'une subjectivité devient moins atypique. Les différences sont progressivement effacées. Par le processus de qualification, les juristes s'emploient à mettre des mots sur des événements, en recherchant le mot qui « revient » ou que « mérite » la chose⁴⁵⁷. La qualification est en effet l'acte de langage qui permet de fixer des événements de les ramener vers un mot. La situation de souffrance psychique qui concerne une identité, doit bien être ramenée à un mot. Le juge qualifiera une personne d'homme ou de femme, de français ou d'étranger de père ou de mère, de fils ou de fille, même si le mot n'est pas tout à fait « naturel ». Le travail fourni par

⁴⁵⁴ La mise en récit d'une histoire personnelle est importante pour le juge qui travaille par comparaison, par analogie pour être en mesure de trancher aussi objectivement que possible, mais également pour qualifier juridiquement des faits. Il écoute une histoire, il doit en prélever un récit. Le mot histoire dérive du grec *historien* qui signifie enquêter puis, avec Hérodote et Thucydide, il devient *histor* qui ramène à historien, en quête de vérité, pour Homère l'historien est le juge.

⁴⁵⁵ Paul RICOEUR, *Temps et récit*, t. III, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁵⁶ Sur cette fonction du récit et mise en ordre, cf. Mathieu DOAT, « Le jugement comme un récit », *op. cit.*, p. 404.

⁴⁵⁷ Olivier CAYLA, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », in *Droits* n° 18, PUF, 1993, pp. 3-18.

l'avocat et par le juge aboutit à ce qu'une décision puisse être prise, à ce qu'une situation reconstruite soit ramenée au terme qu'elle « mérite ».

Ce travail de mise en ordre et d'effacement des particularités de l'histoire, voire d'euphémisation, n'est pas toujours simple. La question difficile de la prise en compte des situations qui ébranlent profondément le sujet dans la certitude de son identité, peut se poser, à travers ce qui prend l'allure d'accidents ontologiques, de débâcles existentielles. Le juge se tourne vers des « experts » mandatés pour apprécier et discerner les éventuelles altérations psychiques ainsi que la profondeur de leur résonance sur l'identité, pour envisager une modification de l'identité, ou une réparation. C'est par exemple le cas de l'intersexuel qui veut être reconnu comme tel⁴⁵⁸, du transsexuel qui change de sexe à l'état civil mais procrée avec son sexe d'origine qu'il a conservé et veut être reconnu comme parent dans son nouveau sexe⁴⁵⁹, ou bien encore de parents non biologiques très investis de convictions intimes : autant de récits de vie pauvres en critères identitaires objectifs juridiquement observables. Il appartient alors aux « spécialistes » de juger de la sincérité de requêtes identitaires tout en mettant en ordre les éléments objectifs et subjectifs qui conduisent à des crises psychiques. Le juge, en tant que puissance d'affirmation institutionnelle, consolidera ce qu'il a retenu dans tout ce qui a été dit. L'exercice est périlleux. Le pouvoir du juge qui récuse ou entérine le récit identitaire est à double tranchant, puisque confronté à certaines instabilités structurelles de l'individu, il peut en arriver à effectuer de grandes avancées, ou à légitimer des « mésidentifications » erronées⁴⁶⁰, quand certaines sollicitations existentielles déferées devant l'institution judiciaire sont confiées par des magistrats nationaux et même internationaux, à différents experts du psychisme et professionnels du mental.

Quelle que soit la difficulté de cette opération, la force de la mise en récit juridique est qu'elle permet de croire à ce qui est raconté, en donnant à cet assemblage narratif le statut de « faits qui sont arrivés », dotés d'un sens précis, fixé. Ce processus s'explique car la narration d'une

⁴⁵⁸ Cf. l'arrêt de rejet rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 4 mai 2017, 16-17.189, arrêt n° 531. V. Partie II, titre II de cette thèse.

⁴⁵⁹ Cf. les décisions successives : TGI Montpellier, 3 février 201 ; CA Montpellier, 14 novembre 2018 ; Civ. 1re, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251.

⁴⁶⁰ Pierre BUSER, « Le soi, le non-soi et la théorie de l'esprit. Regards sur des pathologies psychiatriques et neurologiques », in Thomas Pradeu, Edgardo Carosella, Bertrand Saint Sernin, Claude Debru, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, Science histoire et société, 2006, p. 111.

histoire a pour finalité d'obtenir un jugement qui doit trancher un litige tout en mettant fin, en principe, aux faits qui ont conduit à ce litige. Le récit dans le domaine de la psychanalyse est radicalement différent. Il ne conduit à aucun jugement, et peut permettre au sujet de devenir libre.

B. De l'objectif au subjectif : la déconstruction des faits en psychanalyse

Le récit occupe aussi une place centrale dans la pratique psychanalytique. On pourrait même considérer qu'« au commencement de la psychanalyse » était le récit ce qui veut dire que l'on trouve au cœur de cette pratique, mais aussi de ce savoir, un « noyau narratif »⁴⁶¹. Toutefois, à la différence de ce qui se joue en droit avec la recherche de l'établissement de faits objectifs, le processus psychanalytique conduit à une déconstruction des faits. L'analysant pense qu'il raconte une histoire vraie, alors que les choses ne sont et ne peuvent être vraisemblables que sous l'angle conscient.

Sur le divan, une personne s'identifie aux événements qu'elle estime avoir objectivement vécus. La souffrance qui conduit à commencer une analyse émerge généralement dès les premières séances. Le récit de la vie de l'analysant reflète ce qu'il croit qu'elle est. Ce récit se présente comme un agencement de faits qui, au croisement de la réalité et du ressenti, forme un tout qui prend un sens⁴⁶². Le sujet émerge donc de la narration de l'action, de son expérience de la réalité, de la connaissance de son vécu. Très vite objectivation et subjectivation de l'identité de la personne s'entremêlent au sein du récit, depuis l'inscription biologique et psychique dans un système de filiation au sentiment intime d'existence propre. La personne a tendance à percevoir le monde avec sa personnalité, sa logique, sa morale, sa psychologie, ses interprétations du réel, ses pensées avec tout ce qu'elles ont de contingent et d'arbitraire ; elle focalise sur une

⁴⁶¹ Cf. Max KOHN, *Le récit dans la psychanalyse*, Érès, Actualité de la psychanalyse, 1998, 168 p.

⁴⁶² Dans sa théorie narrative dont il fait une théorie de la constitution de soi (*Temps et récit, t. III. Le Temps raconté, op. cit.*), Paul Ricœur suggère que l'identité se pense au croisement de l'histoire et de la fiction, et son discours interpelle à la fois le droit et la psychanalyse. Il estime en effet que « la compréhension de soi est une interprétation ; l'interprétation de soi, à son tour, trouve dans le récit, parmi d'autres signes et symboles, une médiation privilégiée ; cette dernière emprunte à l'histoire autant qu'à la fiction, faisant de l'histoire d'une vie une histoire fictive, ou, si l'on préfère, une fiction historique, entrecroisant le style historiographique des biographies au style romanesque des autobiographies imaginaires », in Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Points, Essais, 1990, p. 138.

dimension privée ou personnelle, et on assiste à une valorisation de l'investissement de soi, à une vraie inflation du subjectif⁴⁶³.

L'identité personnelle se constitue au fil des séances, au fil des narrations qui sont continuellement intégrées à l'identité. Ce faisant, loin de se figer dans un noyau dur, le « je » se transforme non seulement à travers les récits propres à celui qui se raconte, mais aussi à travers ceux qui sont transmis par l'environnement, qui s'y greffent, ne cessant de restructurer l'ensemble de l'histoire personnelle. D'autre part, l'identité psychique telle qu'elle ressort du récit de soi ne se départit jamais d'une part d'ombre, et demeure d'une fragilité intrinsèque. David Hume évoquait déjà cette dislocation de soi-même dans son *Traité de la nature humaine* : « Il est des philosophes qui imaginent que nous sommes à chaque instant intimement conscients de ce que nous appelons notre MOI, que nous en sentons l'existence et la continuité d'existence, et que nous sommes certains, avec une évidence qui dépasse celle d'une démonstration, de son identité et de sa simplicité parfaite. (...) Pour moi, quand je pénètre le plus intimement dans ce que j'appelle moi-même, je tombe toujours sur une perception particulière ou sur une autre, de chaleur, de froid, de lumière ou d'ombre, d'amour ou de haine, de douleur ou de plaisir. Je ne parviens jamais, à aucun moment, à me saisir moi-même sans une perception et je ne peux jamais rien observer d'autre que la perception »⁴⁶⁴.

Le récit de soi perd donc de sa stabilité, et l'analysé peut ne percevoir, comme l'indique le psychiatre Oliver Sacks, « qu'un faisceau, ou une collection de perceptions différentes, se succédant avec une rapidité inconcevable, et qui sont dans un flux et dans un mouvement perpétuels »⁴⁶⁵. La perception de soi peut s'évanouir et laisser la place à des perceptions éphémères ou altérées, liées à des simples "absences", ou de réelles pathologies mentales. Ce qui est découvert, n'a plus rien à voir avec le premier récit déroulé lors des premières séances et en même temps, se développe « le sentiment de n'être plus »⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Lionel OBADIA, « Normativité contrastive de l'identité moderne. Approche critique et pragmatique de l'ontologie de la subjectivisation contemporaine », in Géraldine AÏDAN, Émilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., pp. 248-249.

⁴⁶⁴ David HUME, *Traité de la nature humaine*, livre 1, « L'entendement », 4^{ème} partie, « Du système sceptique et autres systèmes philosophiques », section VI, « De l'identité personnelle » (1739), Flammarion, GF/Philosophie, 1995, pp. 342-343.

⁴⁶⁵ Oliver SACKS, *L'homme qui prenait sa femme pour un chapeau*, Seuil, Points, 1988, p. 164.

⁴⁶⁶ Clément ROSSET, *Loin de moi, étude sur l'identité*, Les Éditions de Minuit, 1999, p. 72.

La déconstruction du récit identitaire est d'autant plus importante que la question de l'identité psychique peut également être interrogée en lien avec des événements traumatiques qui désorganisent le rapport à soi et peuvent conduire à une profonde déconnection de la pensée et des affects, presque assimilables aux symptômes de gens atteints d'Alzheimer « devenus des gens nouveaux, autres, réengendrés, appartenant à une espèce différente. Comme s'ils avaient eu un accident »⁴⁶⁷. L'impact de nombre d'événements au cours de l'existence est important dans la perception intime du vécu, quand l'individu semble s'effacer devant la souffrance, comme s'il était « hors-jeu » ; et ainsi que le décrit Rudolph Bernet « je suis un sujet dans la mesure et aussi longtemps que je résiste à mon évanouissement »⁴⁶⁸. L'inconscient freudien ouvre le récit subjectif à un horizon extrêmement étendu ; ce qui caractérise une personne, c'est sa division interne⁴⁶⁹ qui surgit d'elle-même depuis un fond opaque, à l'occasion des lapsus, des actes manqués, des rêves, autant de formations de l'inconscient qui produisent des narrations différentes, qui se confrontent et s'entrechoquent⁴⁷⁰.

La psychanalyse permet donc d'élargir considérablement le concept d'identité intérieure par une plongée dans la subjectivité. En inscrivant l'inconscient dans l'identité psychique, la psychanalyse a ouvert celle-ci à l'indéfini, et l'envisage bien au-delà de la conscience de soi, dans une redéfinition dynamique. Alors que le droit met l'accent sur les contenus de conscience, la pratique psychanalytique consiste en l'interaction de plusieurs récits construits dans la relation entre deux subjectivités, celle de l'analysant et celle de son analyste. Dans le dialogue établi entre l'un et l'autre, les subjectivités se rencontrent et créent une intersubjectivité différente des subjectivités individuelles. La finalité réside dans la compréhension par l'analysant de l'intelligibilité des formations de son inconscient qui sont des signes porteurs du refoulé. Autrement dit, la prise de conscience personnelle émerge à partir d'un travail de coproduction.

⁴⁶⁷ Catherine MALABOUT, *Les nouveaux blessés. De Freud à la neurologie : penser les traumatismes contemporains*, PUF, Quadrige, 2017, p. 261.

⁴⁶⁸ Rudolph BERNET, *Conscience et existence, perspectives phénoménologiques*, PUF, Epiméthée, 2004, p. 272.

⁴⁶⁹ Jacques LACAN, « Positions de l'inconscient », in *Écrits*, Seuil, 1966, p. 840.

⁴⁷⁰ Vannina MICHELI-RECHTMAN, *La psychanalyse face à ses détracteurs*, Aubier, Psychanalyse, 2007, p. 48.

La psychanalyse met en lumière l'ambivalence du droit devant la connaissance de certains de ces éléments subjectifs inhérents aux mécanismes profonds de l'identité⁴⁷¹. Alors que la pensée juridique conçoit l'identité comme un lieu unique, le travail analytique met en place un cadre permettant de saisir, et de reconnaître la dynamique inconsciente des processus de subjectivation. Suite aux travaux de Jacques Lacan, il est possible de distinguer trois instances de la subjectivité : l'*imaginaire* construit par l'histoire personnelle, le *symbolique* qui fait référence à la culture et au langage, et le *réel* qui correspond à ce qui détermine et structure le sujet, et aussi ce contre quoi il se prémunit par ses fantasmes. Les notions de soi⁴⁷², de monde interne, de sujet, de subjectivation⁴⁷³, de subjectalité⁴⁷⁴, d'appropriation subjective, de spectre identitaire⁴⁷⁵, d'identité psychique sont autant de nuances développées par les psychanalystes, permettant de saisir la réalité subjective de la personne dans ses différentes dimensions.

Nous nous retrouvons donc devant un dilemme redoutable qui avait été très clairement posé par Sigmund Freud repris par Jacques Lacan, qui affirmait que « je pense où je ne suis pas, donc je suis où je ne pense pas »⁴⁷⁶. Soit l'identité est pensée mais elle est introuvable. Soit au contraire, l'identité est posée et alors, elle ne peut plus être pensée. Et l'identité n'est plus alors qu'une fiction narrative.

⁴⁷¹ Gilda NICOLAU, « Vers une subjectivation de l'identité. Introduction », in Géraldine Aïdan, Émilie Debaets (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, p. 243.

⁴⁷² Développée notamment par Donald WINNICOTT et Mélanie KLEIN.

⁴⁷³ V. Raymond CAHN, « Origines et destins de la subjectivation », ch. 1, in François Richard, Steven Wainrib (dir.), *La subjectivation*, Dunod, Inconscient et Culture, 2006, p. 7 et s. : « L'usage du concept de subjectivation est apparu en psychanalyse pour rendre compte de formes de souffrances psychiques liées à la construction d'un espace psychique différencié. Son développement pose la question d'un nouveau point de vue en psychanalyse, d'un concept limite entre l'intra-psychique et l'inter-subjectif, susceptible de relier la diversité de nos pratiques. Pour Raymond Cahn, le même terme de subjectivation implique qu'il s'agit d'un sujet processuel, construit à partir de ses liens aux autres. Son actualisation et sa reconnaissance constituent l'objet utile de la démarche analytique ».

⁴⁷⁴ Raymond Cahn indique que : « À partir de la distinction freudienne originaire, entre sujet du moi, et objet du moi, et donc entre pôle objectal et pôle subjectal, la subjectalité est conçue comme le processus permettant l'émergence d'un soi créatif et autonome, éclairant ; à travers leurs perturbations, certains aspects essentiels du cadre et du contre-transfert, conditionnant la possibilité ou non d'un véritable travail psychanalytique », in Raymond CAHN, « Subjectalité et subjectivation », *L'Esprit du Temps, Adolescences 2004/4*, t. 50, p. 755.

⁴⁷⁵ Michel de M'Uzan explique que « je ne reconnais pas de frontière précise, assurée et permanente entre le moi et le non moi et qu'en lieu et place je situe un espace intermédiaire que j'ai appelé « spectre d'identité », in Michel de M'Uzan, « Le jumeau paraphrénique ou aux confins de l'identité », in *Aux confins de l'identité*, Gallimard, 2005, p. 15.

⁴⁷⁶ Jacques LACAN, *Écrits*, Seuil, Le champ freudien, 1966, pp. 516-517.

II. La vérité du récit, entre fiction et réalité

« *Le plus grand des sorciers, selon un passage de Novalis, serait celui qui s'ensorcellerait au point de prendre ses propres fantasmagories pour des apparitions autonomes.*

Ne serait-ce pas là notre cas ? »⁴⁷⁷.

Jorge Luis Borges

L'identité juridique des personnes se saisit à travers le récit qu'elles font d'elles-mêmes, et les coulisses de ce récit. Or dans toute mise en récit, le recours aux artifices langagiers, ainsi qu'à des procédés cognitifs nécessitant créativité et imagination, est systématique. L'identité racontée se situe donc au croisement du réel et de la fiction, et comme l'exprime très bien Paul Ricœur, le récit de soi ressort d'un « mixte instable entre fabulation et expérience vive qui nécessite le recours à la fiction pour organiser la vie réelle, rétrospectivement dans l'après-coup, quitte à tenir pour révisable et provisoire toute figure de mise en intrigue empruntée à l'histoire »⁴⁷⁸.

Poser l'identité juridique de la personne humaine comme fiction narrative, c'est se pencher sur la force constructive des artifices du langage, que ce soit en droit ou en psychanalyse. On peut imaginer qu'il n'y a rien de fictif dans la manière dont on est identifié par les administrations : notre taille, notre âge, le lieu de notre naissance, sont des données réelles, mais certaines données qui nous déterminent tout aussi officiellement, comme par exemple notre nationalité ou notre sexe⁴⁷⁹, sont en partie le produit de fictions. Prenons l'acquisition de la nationalité française du fait d'être né sur le sol français : elle n'a rien de « naturel », elle le résultat d'un processus, qui ne fait pas pour autant d'une personne un « Français » mais qui permet qu'elle soit reconnue comme appartenant à une Nation qui elle-même est une vaste fiction⁴⁸⁰, le « rôle

⁴⁷⁷ Jorge Luis BORGES, *Enquêtes*, NRF, Gallimard, Du monde entier, 1986, p. 162.

⁴⁷⁸ Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁴⁷⁹ V. Titre IV – Identité humaine et ordre sexuel.

⁴⁸⁰ La Nation en elle-même n'existe pas, elle est une entité abstraite et indivisible, c'est une collectivité d'individus fixés sur un même territoire, soumis à l'autorité d'un même gouvernement, et qui forment un même peuple du fait de caractéristiques communes qui forment un sentiment d'appartenance telles que l'ethnie, la langue, la culture, les coutumes sociales, les traditions historiques et religieuses, avec une volonté politique de s'ériger en un corps politique souverain ; v. « Nation » in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 676.

d'un avenir partagé » selon l'expression de Georges Burdeau⁴⁸¹ inspiré par Ernest Renan⁴⁸². La théorie des fictions n'est pas propre au droit : la psychanalyse donne également prise aux fictions, puisqu'elle croise sans cesse la question de la réalité avec celle du rêve, des fantasmes inconscients, des délires auxquels il s'agit d'échapper, etc. Dans la vie, on est un bon père, un bon mari, un bon employeur, un bon professeur, un bon fils ou fille, un bon étudiant ... Toutes ces d'étiquettes sont autant de reconstructions sur lesquelles s'appuie le discours narratif sur l'identité.

La fiction constitue à la fois un élément intrinsèque nécessaire au langage, et une nuisance du discours, elle est aussi bien une *pars contruens* présentant une indéniable utilité (A) qu'une *pars destruens*⁴⁸³ quand elle prend l'allure d'un piège (B).

A. L'utilité de la fiction narrative

La fonction instrumentale de la fiction est souvent mise en avant dans la littérature juridique, pour justifier le recours à cet artifice⁴⁸⁴. Les processus d'identification juridique de la personne n'hésitent pas « à supposer des faits contraires à la réalité, en vue de produire des effets de droit »⁴⁸⁵. Le sexe, les seuils de majorité, la nationalité, l'attribution d'un nom à une personne, n'ont rien de purement réel et naturel. La fiction est intrinsèquement et nécessairement constitutive de l'identité de la personne. La fiction narrative sert d'une part à modeler les identités, pour protéger certaines catégories de personnes et d'autre part à fonder des généalogies.

⁴⁸¹ Ses mots exacts sont : « Une Nation, c'est un rêve d'avenir partagé. Et il en est ainsi parce que le sentiment national procède de la conscience d'un passé commun. Or l'homme s'intéresse à son passé dans la mesure où il consulte l'avenir », in Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, LGDJ, 1979, p. 123.

⁴⁸² Ernest Renan indique qu'« une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs, l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis », in Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, 1882, rééd. 1997, 47 p.

⁴⁸³ Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham La guerre des mots*, Dalloz, Les sens du droit, 2011, p. 41.

⁴⁸⁴ Sur l'utilité des fictions, voir notamment Guillaume TUSSEAU, « Jérémy Bentham et les fictions du droit », in *L'imaginaire en droit*, *op.cit.* pp. 414-433.

⁴⁸⁵ Cf. la définition que l'on retrouve dans l'ouvrage produit par l'association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (dir.) Gérard CORNU, *op.cit.* p. 382.

Les fictions en matière d'identité servent tout d'abord à catégoriser, opérer des classifications et distinguer les personnes les unes des autres afin d'établir des régimes de protection. Conformément à son origine dans la langue latine : *fictio*, substantif du verbe *finco, fingere*, qui signifie au sens premier modeler dans l'argile⁴⁸⁶ ; l'identité est une matière molle que le législateur peut travailler et mettre en forme. La fiction va permettre de poser des catégories et des classifications.

Il y a bien sûr une part de fiction dans le mécanisme de la minorité qui sert à protéger les personnes et amène à dire qu'un jeune de 17 ans et 11 mois est mineur, ce qui est la marque d'une certaine vulnérabilité⁴⁸⁷, mais un mois après, à 18 ans il devient soudainement majeur, en principe pleinement capable, responsable, raisonnable, complètement conscient, et instantanément, cette vulnérabilité, qui n'en exclut pas d'autres⁴⁸⁸, disparaît. Plus largement,

⁴⁸⁶ Alfred ERNOUT et Antoine MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, C. Klincksieck, 1931, v. *finco*, p. 346-347.

⁴⁸⁷ Le terme de vulnérabilité, emprunté au latin *vulnerabilis*, correspond à la situation d'une personne en état de faiblesse, « en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou encore d'un état de grossesse » (v. « vulnérabilité », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1084). Il signifie « qui peut être blessé », « qui donne prise ». Même si ce terme connaît un usage extensif (v. « vulnérabilité », in Michela MARZANO, (dir.), *Dictionnaire de la violence*, PUF, Quadrige, Dicos poche, 2011, p. 1440), il est juridiquement, employé pour qualifier des personnes pouvant être blessées, mais seulement dans des configurations déterminées, quand une personne est dite *plus particulièrement* vulnérable, en raison d'un caractère particulier.

⁴⁸⁸ V. Eleonora BOTTINI et Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La vulnérabilité*, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2020, n° 18, version résumée disponible en ligne, <https://journals.openedition.org/crdf/6382>, version intégrale disponible en novembre 2021. François-Xavier Roux-Demare dans son article « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », explique que la vulnérabilité peut être déterminée chez des personnes en tant que telles, par exemple les personnes souffrant de troubles mentaux, les personnes physiquement malades, les « jeunes » (cf. CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. / Royaume-Uni*, requête n° 7525/76, § 47 et § 49, quand le rapport Wolfenden de la commission les définit comme des « personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale »). La vulnérabilité se décèle également chez des personnes placées dans des situations particulières, comme les personnes témoins dans des affaires sensibles, comme de la criminalité familiale, mais aussi les femmes enceintes en attente d'un diagnostic prénatal relatif à une éventuelle anomalie génétique, les personnes en attente de nouvelles d'un proche disparu (cf. CEDH, 15 novembre 2007, *Kukayev c. / Russie*, n° 29361/02, § 106 ; CEDH, 18 septembre 2008, *Takhayeva e. a. c. / Russie*, n° 23286/04, § 103), les personnes placées en détention ou en garde à vue (cf. CEDH, 27 juin 2000, affaire *Salman c. Turquie*, n° 21986/93, § 99). Enfin, la vulnérabilité se caractérise chez les personnes victimes de discriminations (par exemple celle de la minorité tzigane (cf. CEDH, 25 septembre 1996, *Buckley c. / Royaume-Uni*, n° 20348/92, § 80 et § 84), ou pour des raisons de

la réception des récits, déterminante pour distinguer entre les personnes capables et les personnes incapables, a quelque chose de fictif. La catégorisation repose en effet sur l'idée que certaines personnes seraient inaptes à exercer certains droits, dont elles seraient pour autant titulaires au titre de leur jouissance. Mais si le législateur a organisé un régime d'incapacité pour les mineurs, il n'a jamais fixé de seuil d'une incapacité qui serait due à l'âge⁴⁸⁹. Tout reposera donc sur ce qui est raconté par une personne que l'on se doit de protéger mais aussi par l'opinion des professionnels de santé, accompagnés par des tiers, souvent la famille, qui viennent expliquer au juge, les raisons de la mise en place d'un régime de protection. L'incapacité du majeur résultera donc d'un récit construit par recoupement que le juge des tutelles pourra établir à partir de tout ce qui lui a été raconté. Mais, il est certain que la manière dont le juge reçoit et reconstruit le roman familial obère souvent l'histoire réelle puisque celle-ci est partiellement refoulée et donc irracontable. Le psychanalyste pourrait entendre différemment ces récits où les enfants s'inventent des parents plus lucides qu'ils ne le sont en réalité. Le déclin d'un parent s'accompagne d'un ensemble de fictions qui sous-tendent des recompositions et masquent des dysfonctionnements. Les paroles qui expliquent les troubles de mémoire d'un père ou d'une mère sont de véritables prises de pouvoir inconscientes, pour l'enfant qui règle ses comptes avec « la sauvagerie maternelle »⁴⁹⁰ ou avec « l'autorité du père ».

Le récit pourra aussi être grandement fictionnel lors d'un changement de sexe. Le nouvel article 61-5, issu de la loi du 18 novembre 2016 fixe le canevas de l'histoire. La personne doit expliquer qu'elle se « présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ». Ce qui compte sont donc les apparences publiques plus que l'intimité psychique. Une personne pourra dérouler le roman de sa vie, en apportant des témoignages selon lesquels, s'il est un homme, il se comporte comme une femme, il adopte des attitudes de femme conformes à l'imaginaire social, aux stéréotypes que l'on a sur les femmes. Autrement dit, on lui demande en quelque sorte de ressembler au personnage de Zazza Napoli dans le film « La cage aux folles ». La

conviction politique ou d'orientation sexuelle laquelle consiste en le « domaine intime et vulnérable de la vie privée d'un individu » (CEDH, 21 octobre 2010, *Alexeïev c. / Russie*, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09, § 108), in François-Xavier ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, vol. 345 - 346, n° 5, 2015, pp. 35-38.

⁴⁸⁹ Voir sur ce point l'étude de J.-P. GRIDEL, *Age et capacité civile*, D.1998 chr. 90.

⁴⁹⁰ Cf. l'ouvrage de la psychanalyste Anne DUFOUMANTELLA, *La sauvagerie maternelle*, Payot et Rivages, 2016.

fiction du cinéma rattrape la fiction des personnes qui demandent un changement de sexe. Le scénario est tracé d'avance. Et l'on comprend dès lors que les jeux de classifications ne sont que le produit de contes que l'on raconte. Les psychanalystes pourraient sourire de ces délires s'ils n'étaient pas accompagnés de réelles souffrances. Ils démontreraient assez vite les témoignages des parents et leurs fantasmes d'une famille aimante et harmonieuse. Certains repèreraient les angoisses de castration ou de pénétration. D'autres les analyseraient comme « drames existentiels » où une personne ne « se sent pas exister »⁴⁹¹. La personne en quête d'identité n'est pas une personne qui cherche à se construire, elle n'est pas non plus juste un appareil qui se contente de refouler. Comme l'indique André Green, elle « est aussi un appareil qui par le déni, par la forclusion, par le clivage évacue, élimine et de ce fait s'automutile »⁴⁹². La connaissance de ces récits de transsexuels oblige à un travail de décryptage des fantasmes inconscients et si la fiction permet à la personne d'accéder à un statut juridique et d'intégrer des catégories, elle ne doit pas échapper à toute évaluation.

La fiction narrative ne sert pas simplement à des classifications, elle assure aussi une fonction de fondation. Sans revenir ici sur le rôle de la *grundnorm* fondatrice de l'ordre juridique⁴⁹³ dans la théorie de Kelsen, les institutions reposent bien souvent sur des histoires fictionnelles. Caïn et Abel, Romus et Romulus en sont les exemples classiques. Mais le droit de la filiation et des successions n'hésite pas non plus à recourir aux fictions pour fixer des généalogies. Afin de ne pas disperser le patrimoine, le droit d'aînesse « en faveur du plus fort » a longtemps servi de ciment à la société patriarcale afin d'assurer la continuité de « père » en « fils »⁴⁹⁴. Jusqu'à une date récente, la fiction de la prétendue faiblesse de la femme mariée, a permis que celle-ci soit placée sous l'autorité du mari. Depuis la loi du 13 janvier 1965, il a fallu attendre la loi du 23 décembre 1985 qui supprime les références entre l'homme et la femme pour marquer une véritable égalité entre les époux dans les régimes matrimoniaux et la loi du 4 mars 2002 pour effacer toute trace de différence entre les parents en matière d'autorité parentale.

⁴⁹¹ Cf. Colette CHILAND, « Problèmes posés par les transsexuels aux psychanalystes », in *Revue française de psychanalyse*, vol. 69, 2005, p. 564.

⁴⁹² Cf. André GREEN, « Genèse et situation des états limites », in *Les états limites*, André Jacques (dir.), PUF, 1999. p. 44.

⁴⁹³ Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 245.

⁴⁹⁴ Cf. Sylvie STEINBERG, « A défaut des mâles », in *Annales, histoire, sciences sociales*, 2012, p. 679 à 713.

Encore aujourd'hui, la fiction demeure car on continue de considérer le mari comme étant automatiquement, le père des enfants que porte sa femme. Comme l'indique Anne-Blandine Caire, la fiction permet au juriste « de dépasser un doute qu'il nourrit et de construire une vérité vraisemblable comme le ferait un romancier s'inspirant du réel pour bâtir son propre univers »⁴⁹⁵. Elle maintient le cadre linéaire des généalogies en écartant les intrus et en laissant croire que la famille reste un « cercle parfait, le cercle absolu d'une absoluité fermée sur elle-même et qui s'engendre à l'infini »⁴⁹⁶. Ce conte continue d'alimenter l'illusion d'un père démiurge, tout puissant, bien évidemment capable de se reproduire, sans pour autant qu'il y ait eu de sa part, un acte sexuel. Le père lui-même n'est donc pas une essence naturelle, mais un « artefact technique »⁴⁹⁷, au sens d'un rôle purement fonctionnel⁴⁹⁸, il est le produit d'une simple hypothèse conventionnelle⁴⁹⁹. Ce que confirme la Cour d'appel de Montpellier le 14 novembre 2018 qui a « sonné le glas du père »⁵⁰⁰ au nom de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁴⁹⁵ Cf. Anne-Blandine CAIRE, « Fictions et présomptions », in *Les fictions en droit*, (dir.) A-B. CAIRE, LGDJ, 2015 p.122.

⁴⁹⁶ Bernard EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel, La fabulation juridique*, Hermann, Le Bel Aujourd'hui, 2007, p. 129.

⁴⁹⁷ Yan Thomas critique la tradition juridique romaine qui dissocie l'être humain porteur d'une réalité sociale, de la personne au rôle fonctionnel : « Persona est au départ un artefact technique, un double du sujet réel, qui permet de conférer à ce dernier, abstraction faite de ses particularités objectives et sociales, une identité en quelque sorte univoque et stable, opposable aux tiers sur la scène du droit » ; in Yan THOMAS, « Le sujet concret et sa personne », in Olivier CAYLA, Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Le Débat, 2002, p. 126.

⁴⁹⁸ Andreas Mayer explique que « c'est ce sens premier de la personne juridique qu'il s'agit de resituer, sens par lequel le droit s'articule de la façon la plus pure, c'est-à-dire comme un système de normes produit par l'histoire et profondément opposé à la nature humaine », in Andreas MAYER, « Pater, la suite (1). Penser le pouvoir du père. Réflexions sur les rapports entre histoire du droit et psychanalyse », *Grief, Revue sur les mondes du droit*, Dalloz, EHESS, n°6/1, 2019, p. 85.

⁴⁹⁹ Cf. l'article 312 du Code civil selon lequel « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari », *pater is est, quem nuptiae demonstrant*.

⁵⁰⁰ Rainer Maria Kiesow écrit : « les hommes deviennent femmes. Les femmes deviennent hommes. (...) Mais que faire quand le père, le tiers nécessaire pour la mère et l'enfant, est une femme, bien inscrite à l'état civil comme étant de sexe féminin, et a œuvré avec son sperme issu de son état biologique antérieur masculin, masculin au moins à cet égard procréationnel ? (...) Un couple traditionnellement sexué a eu deux enfants. Le père change de sexe, ce qui est reconnu et inscrit dans son état civil. Le couple, devenu donc de même sexe, a, grâce à ses ovocytes et spermatozoïdes restés en place, un troisième enfant. Dans l'acte d'état civil de celui-ci, la femme qui a été un homme, veut faire établir une seconde maternité (en plus de celle de la femme qui a accouché). Ce qui lui est refusé à Montpellier par le tribunal de grande instance et la Cour d'appel » ; mais la solution découverte par les juges sera de qualifier le « père » de parent biologique, in Rainer Maria KIESOW, « À mort papa ! », *Grief, Revue sur les mondes du droit*, Dalloz, EHESS, n°6/1, 2019, p. 12. Une solution que la première chambre civile de la Cour de cassation casse le 16 septembre 2020 (n° 18-50.080 et 19-11.251) au motif qu' « une personne transgenre homme devenu femme qui, après la modification de la mention de son sexe dans les actes de l'état civil, procrée avec son épouse au moyen de ses gamètes mâles, n'est pas privée du

Car le législateur n'avait pas envisagé l'hypothèse où la personne qui a changé de sexe procréerait dans son sexe d'origine.

La fiction de la filiation s'est très largement étendue, car dans nombre de situations, le père et/ou la mère ne sont pas les parents biologiques d'un enfant, mais ils sont considérés comme l'étant quand même, quand l'adoption substitue le lien d'origine - un lien entièrement effacé dans le cas de l'adoption plénière - à un lien créé de toute pièce, ou quand les parents d'intention sont consacrés comme les géniteurs d'un enfant porté par une tierce personne, ou issue de gamète étrangère⁵⁰¹. Ainsi, comme le rappelle Dostoïevski, « il ne suffit pas d'engendrer pour être père cela se mérite »⁵⁰².

La fiction juridique est donc un procédé bien rôdé⁵⁰³, ancien⁵⁰⁴, qui permet de prendre avec la réalité une distance instrumentale, dont on peut penser qu'elle est parfaitement consciente et dont on pourrait se passer. La fiction du père, du saint Pierre, gardien du paradis et de l'enfer démontre le contraire. Elle nous est tellement familière qu'elle est rarement dévoilée et ce n'est que sur un divan, que s'entrevoit pour le patient, la reconstruction psychique. Et si aujourd'hui le père est « mis en examen », nombre de psychanalystes sont de farouches défenseurs de ce pivot du nœud œdipien⁵⁰⁵. Le psychanalyste rassure en expliquant que l'on ne peut pas se passer

droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique avec l'enfant, mais ne peut le faire qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père ». Cf. à ce sujet le Chapitre II La personne comme multiple, Section II L'identité par la filiation.

⁵⁰¹ C'est le cas des personnes nées d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. La loi du 29 juillet 1994 qui encadre l'AMP, prévoit que les dons de gamètes et d'embryons sont soumis au même principe d'anonymat (inscrit dans le Code civil, à l'article 16-8, et dans le Code de la santé publique, à l'article L. 1211-5) que les autres dons d'éléments ou de produits du corps, un principe opposable aux enfants nés de ce don. Ce principe d'anonymat ne connaît aujourd'hui que l'exception instituée en 1994, qui permet l'accès aux informations médicales.

⁵⁰² Fedor Mikhaïlovitch DOSTOÏEVSKI, *Les frères Karamazov*, Le livre de poche, Classiques, 1994, p. 776.

⁵⁰³ Jean Rivero indique qu'« il est dans le monde du droit des fictions nécessaires, dont l'ordre juridique ne peut se passer », in Jean RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in Chaïm Perelman et Paul Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Section juridique, Université Libre de Bruxelles, 1974, p. 105.

⁵⁰⁴ Yan THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », PUF, Droits n° 21, 1995, pp.17-63.

⁵⁰⁵ Voir la présentation de cette défense du père par Christian FIERENS, « Le père, hors Père, Père fiction, Père-dition, Père-version », in *La clinique lacanien*, 2009, vol.16, pp. 61-78.

de ces fictions⁵⁰⁶, même si elles sont aussi des mensonges, des illusions, autant de pièges pour les personnes en quête d'identité.

B. Le piège de la fiction narrative

Les fictions comportent un versant positif et un versant négatif. Depuis Jérémy Bentham, elles sont les « mal aimées du juriste »⁵⁰⁷. Elles s'apparentent à des pièges parce que leur univers construit des déformations dans la manière dont les personnes construisent leur identité. Les fictions sont des expédients intellectuels qui hantent les récits juridiques⁵⁰⁸ dans lesquelles elles apparaissent de façon récurrente. Elles participent d'une fabrique du droit de l'identité, tissé de doutes, de mensonges, de contre-vérités. Bentham écrivait que dans le droit, elles sont « une syphilis qui coule dans chaque veine, et transporte dans toutes les parties du système, le principe de corruption »⁵⁰⁹.

En matière d'identité, on trouve de nombreux exemples de fictions trompeuses. On peut ainsi considérer que la mention du sexe à l'état civil est un piège qui enferme les personnes dans des étiquettes préétablies alors que le sexe est multiple et que la binarité de la classification laisse dans l'ombre une réalité bien plus complexe⁵¹⁰. La référence à une identité nationale est tout aussi fictive. La nation est par définition l'exemple d'une fiction car elle repose sur un « rêve partagé », elle est le produit du roman historique que l'on se raconte. Cette identité nationale ne repose pas sur du réel mais bien sur de l'idéologie. Les exemples sont donc nombreux en matière d'identité et ils nous semblent d'autant plus piégeux que nous prenons ces éléments juridiques définis pour des données objectifs sans voir qu'ils travestissent la réalité. L'une des

⁵⁰⁶ Florence DE CHALONGE, « Le langage et la fiction : la description linguistique de la fiction littéraire », in Françoise LAVOCAT (dir.), *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVI-XVIII siècles)*, Rennes, PUR, Interférences, 2004, p. 17.

⁵⁰⁷ Olivier CAYLA, « La fiction. Ouverture : le jeu de la fiction, entre comme si et comme ça », PUF, *Droits*, n° 21, La fiction, 1995, p. 3.

⁵⁰⁸ Sans compter son association fréquente à la présomption, proximité qui n'étonne pas, c'est ainsi que fonctionne le récit. V. notamment dans les thèses qui leurs sont consacrées : Delphine COSTA, *Les fictions en droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public tome 210, 2000, 614 p. ; Guillaume Wicker, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 253, 1997, 441 p.

⁵⁰⁹ Jeremy BENTHAM, « The element of art of Packing » in *Works of Jeremy Bentham*, J. Browning éd. Édimbourg. W. Tait, 1838-1843, vol.5, p.92.

⁵¹⁰ Sur cette question, voir nos développements dans les deux derniers chapitres de la thèse.

fictiones les plus solidement enracinées est la mention du nom. Le nom est loin d'être un élément objectif et neutre. C'est une convention qui permet de regrouper des personnes aux identités différentes sous un même nom mais cette convention qui est désormais dans la loi, est un système d'étiquetage qui favorise un ordre familial et un régime de succession. Un système de dénomination qui conduit à faire croire à une continuité identitaire entre des parents et des enfants, alors que les identités peuvent être différentes dans une même famille. Le nom de l'enfant est déposé à l'état civil et immédiatement on cherche des ressemblances, avec le père, la mère, la grand-mère, le grand-oncle. Cette opération que l'on croit transparente est loin d'être neutre. Car l'identité de la personne peut être totalement différente de l'identité que donne à voir un nom. Je peux m'appeler Mohamed Assouf et être catholique. Le nom n'exprime pas l'identité de la personne car il peut être l'inverse de ce que la personne est. On retrouve la puissance de la qualification juridique qui peut attribuer des noms à des choses sans lien avec le réel. Je peux m'appeler Jean Moulin et être un lâche.

Le premier mensonge en matière d'identité a été la perte de l'usage du nom de la femme mariée. Si l'article 1 de la loi du 6 fructidor an II pose le principe selon lequel le mariage ne modifie en rien le nom des époux. Chacun est en droit de garder son nom patronimique mais l'usage a conduit les femmes à « perdre leur identité » en adoptant le nom de leur mari. Cet usage reste toujours solidement ancré et c'est d'autant plus étonnant qu'il a fonctionné pendant longtemps au profit des hommes. Dans la plupart des pays de l'Union européenne (sauf l'Espagne), les épouses continuent d'utiliser le nom de leur mari ou les deux noms accolés⁵¹¹ mais cette pratique interroge quand on cherche à comprendre ce que cela dit de l'identité de la personne. Le nom qui a servi à l'identifier pendant des dizaines d'années devient un accessoire.

Le mensonge demeure car nous continuons de porter le nom de nos parents alors que nous ne sommes pas eux. Cette règle n'a pas toujours existé. La question de la dévolution du nom apparaît avec les premiers états civils sous l'Ancien régime. On peut se demander à quoi sert le fait de porter un nom qui n'est pas « ce que je suis » et qui m'inscrit dans une histoire familiale. Il y a bien sûr la peur de l'inceste car ne connaissant pas les noms de ses parents, une personne pourrait reproduire le schéma œdipien. Mais on sait que les noms n'arrêtent pas l'inceste. Le

⁵¹¹ Cf. Virginie DESCOUTURE, « Le nom des femmes et sa transmission » in *Mouvements* 2015, n°82, p.43.

psychanalyste Christian Hoffmann explique que « la plupart des troubles névrotiques, plus particulièrement chez le névrosé obsessionnel, proviennent de leur sensibilité à l'égard de leur propre nom »⁵¹². L'inscription du nom dans l'inconscient permet au sujet de percevoir la limite à sa jouissance.

La psychanalyse explique aussi très bien ce que l'expression « nom propre » cherche à nettoyer. Toute généalogie se construit avec des éléments extérieurs à la famille. Sachant que « l'excrément et ses équivalents représentent le danger venu de l'extérieur de l'identité »⁵¹³, le nom propre est donc chargé de laver la famille de ses impuretés ; impuretés d'autant plus grandes que toute généalogie cache des enfants adultérins et surtout que la fondation de la famille se trouve dans l'acte sexuel, dans la décharge et la jouissance. Le nom propre vient laver la famille de ce péché originel.

Les fictions sur lesquelles sont construites l'identité juridique sont donc des obstacles puissants pour connaître la réalité. Elles encombrant les récits et constituent une sorte de tromperie⁵¹⁴ d'autant plus efficace qu'elles font croire en la réalité objective et naturelle des catégories juridiques. Mais leur identification reste problématique, car pour comprendre les fictions, il faut également comprendre de quelle réalité elles ressortent. Or, la réalité naturelle ou la réalité juridique, sont aussi artificielles que les fictions elles-mêmes sont artificielles, ainsi que l'explique Olivier Cayla⁵¹⁵. La question de la vérité de la fiction ne signifie donc pas grand-chose, car il faudrait articuler deux significations, celle de la fiction, et celle de ce que l'on croit être le réel mais qui est tout aussi fictionnel. Donc, le narrateur en quête de la vérité de sa propre identité se retrouve à douter de sa propre narration. Prise dans les pièges d'un récit en partie irréel, la personne est plongée d'une part, dans un monde où son rêve se confond avec des bribes de réalité et d'autre part, dans un « combat livré au moyen des mots contre d'autres mots »⁵¹⁶.

⁵¹² Cf. Christian HOFFMANN, « Le nom et sa fonction psychique dans la doctrine et la pratique psychanalytique » in *revue Cliniques méditerranéennes*, 2001, n°63, p. 82.

⁵¹³ Julia KRISTEVA, *Pouvoir de l'horreur, essai sur l'abjection*, Seuil 1980, p. 86.

⁵¹⁴ « Le droit impose ces vérités par le mécanisme des fictions ou des présomptions, qui sont des techniques juridiques, mais aussi des mensonges de la loi (...) Il crée des vérités juridiques incontestables en cachant les artifices exploités à cette fin », in Valérie LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *Dalloz.actualité*, 2010, p. 907.

⁵¹⁵ Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction, entre comme ci et comme ça », *Droits*, n° 21, PUF, La fiction, 1995, p. 9 et 10.

⁵¹⁶ Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham La guerre des mots, op. cit.*, p. 42.

L'identité devient un mirage⁵¹⁷.

La psychanalyse tente de nous apprendre à dire notre identité inconsciente, à travers un récit dont on sait qu'il est empreint de fictions, entre les délires, les confusions, les divagations, les sentiments divers de persécution, d'incompréhension, de paranoïa, d'égarement, de souffrance, d'angoisse, d'épuisement, de peur, etc., autant de problèmes qui transfigurent la réalité, et que le psychanalyste nous pousse à décrypter pour nous aider à nous en sortir, à nous extraire du fictif. Quand une personne raconte qui elle est, cette narration identitaire peut être rapprochée du mythe⁵¹⁸, lui-même caractérisé comme ce qui ne vit et n'existe que par la parole⁵¹⁹, et ce mythe s'assimile à une fiction⁵²⁰. Le mythe est l'exposition d'une idée ou d'une doctrine sous une forme volontairement narrative, « où l'imagination se donne carrière et mêle ses fantaisies aux vérités sous-jacentes »⁵²¹. Le mythe devient alors fiction inconsciente. Des choses sont affirmées vraies, alors qu'elles sont en réalité absolument fausses, mais on l'ignore. Mythe conscient, la fiction serait le mensonge qui prétend dire la vérité sur l'identité de la personne.

La mise en récit d'une personne est un piège dont la personne en quête d'identité doit comprendre les ressorts cachés.

⁵¹⁷ Quand Jeremy Bentham élabore la « théorie des fictions », il explique en introduction que son travail s'explique par la peur des cauchemars qui l'ont hanté et assailli dans son enfance. Jeremy BENTHAM, *Théorie des Fictions*, A.F.I., Le Discours psychanalytique, 1996, 351 p.

⁵¹⁸ Cf. Peggy LARRIEU, *Mythes grecs et droit : Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Presses Université Laval, Dikè, 2017, 255 p.

⁵¹⁹ Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis droit, 3^{ème} éd., 2012, p. 329.

⁵²⁰ Entre autres exemples, Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ, 1996, p. 85 et s.

⁵²¹ V. « mythe », in André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. p. 665.

Section II

La difficile compréhension de l'identité de la personne par le récit

Comprendre par le récit : beaucoup admettent l'idée que « raconter constitue probablement le moyen le plus quotidien et le plus universel de mettre en forme l'expérience vécue, la rendant par là-même intelligible à soi-même et à autrui »⁵²². Nous exerçons généralement avec une certaine confiance notre capacité à rapporter et à consigner ce qui a été, et ce qui mène à la compréhension de l'être. Ce serait même dans certains cas un besoin vital. Car « recueillir pour l'autre sa douleur, ce n'est pas prendre sa place. C'est la lui accorder »⁵²³. Ainsi, « toute l'histoire de la souffrance crie vengeance et appelle récit »⁵²⁴. La narration conduit à requérir la réparation d'un préjudice devant le juge. Elle permet éventuellement l'apaisement et la réconciliation avec soi-même et avec l'autre. Il reste que l'entreprise de mise en récit est incertaine. Car au-delà du piège de la fiction, l'identité est le fruit d'une construction byzantine, notamment en raison de la question de la continuité et de la stabilité à travers le temps⁵²⁵ du psychisme humain qui se fige difficilement dans une forme (I). Par ailleurs, saisir cette identité par la parole pour la ramener à un ensemble de mots, constitue une difficulté de taille, tant pour le droit que pour la psychanalyse (II).

⁵²² Cf. l'article de Cécile de RYCKEL et Frédéric DELVIGNE, « La construction de l'identité par le récit », *Psychothérapies*, 2010, vol. 30, p. 229.

⁵²³ Catherine MALABOU, *Les nouveaux blessés. De Freud à la neurologie : penser les traumatismes contemporains*, PUF, Quadrige, 2017, p. 334.

⁵²⁴ Paul RICOEUR, *Temps et récit, t. I, L'intrigue et le récit historique*, Seuil, Points, Essais, 1983, p. 115.

⁵²⁵ En creux de l'idée d'identité personnelle dans la durée, il y a celle de transmission, à la fois ce qui est transmis, et le désir de transmettre ; Freud indique à la fin de Totem et Tabou : « ce que tu hérites, acquière-le pour mieux le posséder ». Ainsi, la transmission, « comme un processus infini, s'élabore toujours dans un entre-deux que se construit le sujet, dont l'identité ne reçoit pas de réponse, ou sans cesse en recevra, et en devenir, échappe au défini », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Le sujet face au réel, et dans la transmission*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2017, p. 27.

I. Le récit à l'épreuve du temps

Qu'il s'agisse d'une cure analytique ou d'une action en justice, il faut souvent beaucoup de temps pour que l'entreprise de reconnaissance d'une identité voie une issue. La personne qui veut changer de sexe sur sa carte d'identité ne peut le faire qu'après un long cheminement qui l'oblige à venir se raconter devant le tribunal où il faudra bien « jouer le jeu ». C'est un parcours tout aussi sinueux que suit l'analysant qui cherche à se reconnaître à travers ses rêves, ses actes manqués, ses fonctionnements et ses dysfonctionnements. Ce temps du récit peut être éprouvant pour le narrateur, car son récit est souvent interrompu⁵²⁶, rythmé par les rencontres avec l'analyste ou l'avocat, il peut varier, se modifier, diverger de manière surprenante. Il n'est jamais linéaire, l'identité est en mouvement permanent (A) et subit l'érosion du temps (B).

A. Récits et durée : l'identité en mouvement

Juridiquement, Françoise qui a signé un contrat de prêt à la consommation est la même personne trois ans après. C'est la force du droit. L'identité est supposée intemporelle, ce qui permet qu'il y ait à la fois responsabilité et obligations juridiques. Le droit ne peut se déployer que dans des situations affirmées, déterminées. Il fixe des instants qui durent juridiquement. Le récit de l'identité juridique de la personne est en principe stable, durable, fiable, pour résister à l'écoulement du temps⁵²⁷. Plus largement, la narration constitutive de la personne repose sur des dispositions arrêtées, constantes, grâce auxquelles on distingue une personne d'une autre⁵²⁸. Chacune s'identifie aussi d'elle-même à une palette de valeurs, d'idéaux, de goûts, de normes

⁵²⁶ Monique DAVID-MENARD, « Éclats du temps et récits fragmentaires en psychanalyse », in *Les récits du temps*, 2010, PUF, p.107.

⁵²⁷ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de François Terré, 2, 1996, LGDJ, 2000, 520 p.

⁵²⁸ Geneviève Vinsonneau définit l'identité comme « l'ensemble des mécanismes par lesquels les individus (ou les groupes) projettent un sens sur leur être, en reliant leur passé, leur présent et leur avenir, les images de leurs actions réelles, celles des actions qui leur sont recommandées et celles par lesquelles ils souhaiteraient se caractériser », Geneviève VINSONNEAU *Culture et comportement*, Armand Colin, 1997, p. 129.

sociales ou culturelles⁵²⁹. Son surmoi⁵³⁰, avec son lot d'interdits et de recommandations parentales, constitue des bornes efficaces pour stabiliser ce qu'elle pense être. Mais cette stabilité n'est qu'apparence.

Églantine a quatre ans. Sera-t-elle la même à vingt ans, ou encore 60 ans plus tard ? Il est certain que biologiquement, une évolution notoire se sera produite. Mais au-delà, elle aura modifié son statut. Mineure, elle sera devenue majeure. Elle aura peut-être changé de nom, de sexe, de pays. Elle ne sera plus vraiment la même car bien des situations juridiques se seront succédées. Ce constat tout à fait ordinaire est troublant pour le juriste. Dès la période grecque, Héraclite affirmait que l'on n'entre jamais deux fois dans le même fleuve⁵³¹. « Symétriquement, la vieille expérience philosophique du bateau de Thésée conduit à se demander dans quelle mesure un vaisseau dont toutes les pièces ont été changées, est encore le même »⁵³². L'identité est toujours en mouvement, en métamorphose. Dans la dernière partie de cette thèse sera par exemple abordée la problématique de l'incarnation du sexe : nous ne sommes pas d'emblée vraiment un homme ou une femme. Cette incarnation est un devenir, un processus de transformation et de construction qui ne s'arrête jamais. Une personne libre ne peut pas, à proprement parler « être devenue », puisqu'elle ne cesse de devenir, si bien que l'individualité s'actualise constamment, tout au long de la vie et se modifie en conséquence⁵³³. L'état civil n'est donc pas notre identité, il n'en est qu'un fragment qui peut être numérisé sur une carte, parmi d'autres cartes avec lesquelles nous fonctionnons dans la vie. L'identité fixe n'est qu'un marquage qui retient une partie de notre histoire parmi d'autres. Et son titulaire devra se conformer à son état civil fixé et imposé à un moment donné. Or l'identité humaine s'élabore dans le flux et reflux de nos actions et de notre confrontation aux interdits. Elle est plutôt un « devenir », qu'un point immuable.

⁵²⁹ Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription temporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricoeur.fr*, septembre 2013, p. 18.

⁵³⁰ Sigmund Freud a décrit le surmoi comme l'une des instances de la personnalité dont le rôle s'apparente à celui d'un juge

⁵³¹ Tiré des *Fragments*, livre composé au début de l'ère chrétienne. Paru chez PUF, 1986.

⁵³² Antonine NICOGLOU, GAËLLE PONTAROTTI, François VILLA et Jonathan WEITZMAN, *in* « Introduction générale », *in* Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique, op. cit.*, p. 11. Pour sortir de la métaphore du bateau, chez l'homme, l'entière des cellules qui recouvrent l'intestin se renouvelle tous les cinq jours, pour les poumons, c'est six mois, etc.

⁵³³ Jean BAECHLER, « Individualité, personnalité et identité », *in* Thomas PRADEU, Edgardo D. CAROSELLA, Bertrand SAINT-SERNIN, Claude DEBRU, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, coll. Science histoire et société, 2006, p. 88.

Si les discours juridiques et psychanalytiques peuvent donner l'impression que les récits dans leur forme sont construits avec un début, un milieu et une fin, cela signifie que nous ne percevons de l'identité qu'une « photographie ». Le juge et le psychanalyste sont avertis quant à la complexité de ce qui est dit. Attentifs à la situation d'une personne, et au-delà d'une famille, ils sont confrontés à des histoires parfois confuses qui se jouent des chronologies objectives. Des marques temporelles sautent car certaines « dates qui ont l'air d'être des repères écrasent le temps, par leur clarté aveuglante, elles aplatissent la vie et même la possibilité d'une histoire avec ses tours, ses détours et ses semblants, lorsqu'elle se négocie dans un récit »⁵³⁴. Nos constructions temporelles sont des contractions de ce que nous aimons et de ce dont nous souffrons, des séquences qui scandent nos vies, décentrées autour de scénarios plurivoques.

Le juriste praticien et le psychanalyste écoutent l'individu aux prises avec les difficultés de son existence. Tous deux observent la mouvance de son psychisme au fil duquel il cherche sa propre cohérence. Il commence par « substituer à des bribes d'histoires à la fois inintelligibles et insupportables une histoire cohérente et acceptable dans laquelle il puisse reconnaître son ipséité, il se reconnaît non dans une mais dans de multiples histoires qu'il se raconte à lui-même sur lui-même »⁵³⁵, jusqu'à atteindre ce qu'il cache, ce qu'il refoule, bien au-delà des mots. L'analysant se narre, il déroule son histoire, il s'embrouille, il erre, et en plein milieu de sa parole, il dit quelque chose, il dit autre chose, il se fait la voie de lui-même vers lui-même, il ouvre et éclaire la brèche, au fond de laquelle il git.

Plus difficile encore est la narration pour les personnes qui ne veulent pas, ou ne peuvent pas parler. Ce sont ces personnes que l'on n'entend pas, celles qui ne sont pas éduquées et pour lesquelles l'expression orale est incommode. La question se pose pour les enfants, les personnes souffrant de handicaps mentaux, les personnes ontologiquement fragiles, les personnes traumatisées par des événements réels ou fantasmés, les personnes âgées dont le discernement peut être altéré, et plus généralement toutes les personnes qui n'ont pas l'usage naturel d'un langage complètement structuré.

⁵³⁴ Monique DAVID-MÉNARD, *Deleuze et la psychanalyse. L'altercation*, PUF, Science, histoire et société, 2005, p. 3.

⁵³⁵ Paul RICŒUR, *Temps et récit, t. III. Le Temps raconté*, Seuil, Points Essais, 1985, pp. 443-445.

L'identité personnelle renvoie donc à l'inscription de la personne humaine dans le temps, alors que simultanément quelque chose en elle se maintient inchangé, au-delà du temps qui se déroule infiniment. Temporalité et identité se nouent intimement dans le récit de soi, et présentent une continuité historique, une continuité de sens pour le sujet qui se raconte lui-même⁵³⁶. Le maintien de soi dans le temps représente une sorte de défi, car « quand bien même mon désir changerait, quand même je changerais d'opinion, d'inclination, je maintiendrai »⁵³⁷, c'est la question de la stabilité, de la permanence de soi. Se raconter à un moment précis de son histoire, organiser le récit de soi-même, c'est choisir un scénario parmi d'autres et embrasser sa vie dans un mouvement linéaire qui va du passé vers l'avenir. Le récit de soi fait éprouver l'étirement du temps, et se poser la question de qui l'on est. La mise en intrigue du récit transforme notre agir en ce qu'il est une extension de soi vers le futur, le passé n'existant que dialectisé avec le présent et le futur.

La personne se structure donc dans cette sorte de cacophonie des événements de vie qui se succèdent. Il n'y a pas de véritable fil conducteur. Ce que la personne intègre, ce qu'elle refoule, ce qu'elle se figure, ce qu'elle subit ... Les récits de ce que l'on est peuvent être pensés de différents points de vue, sans sens univoque, de telle sorte que « les parties de la vie d'un sujet apparaissent comme « enchevêtrées » dans l'histoire de vie de ceux qui le côtoient »⁵³⁸. La personne qui se raconte actionne en effet des personnages, selon des règles qui en font une totalité organisée, mais c'est toujours une reconstruction⁵³⁹. Écouter une personne qui raconte sa vie, ou une partie de sa vie, c'est l'écouter aborder des territoires nébuleux et très divers. C'est être confronté à ce qui a été oublié, enfoui ou refoulé.

⁵³⁶ Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription temporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricoeur.fr*, mise en ligne septembre 2013, p. 1.

⁵³⁷ Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, p. 149.

⁵³⁸ Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription temporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricoeur.fr*, *op. cit.*, p. 20.

⁵³⁹ Paul Ricœur indique qu'« il faut que la vie soit rassemblée pour qu'elle puisse se placer sous la visée de la vraie vie. Si ma vie ne peut être saisie comme une totalité singulière, je ne pourrai jamais souhaiter qu'elle soit réussie, accomplie. Or, rien dans la vie réelle n'a valeur de commencement narratif ; la mémoire se perd dans les brumes de la petite enfance ; ma naissance et, à plus forte raison, l'acte par lequel j'ai été conçu appartiennent plus à l'histoire des autres, en l'occurrence celle de mes parents, qu'à moi-même. Quant à ma mort, elle ne sera fin racontée que dans le récit de ceux qui me survivront ; je suis toujours vers ma mort, ce qui exclut que je la saisisse comme fin narrative », *in* Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, *op. cit.*, p. 190.

B. Récits et oublis : l'érosion de l'identité

Les récits sur l'identité de la personne sont assujettis à l'écoulement du temps et à sa force corrosive. Quels sont les souvenirs qui restent, qui laissent une trace assez forte pour être mis en avant dans une narration ? De quoi est faite la mémoire d'une manière générale, comment sont conçus les mémoires déposés sur les bureaux du juge ? Et surtout de qui provient exactement cette mémoire, quelle est l'origine des éléments rapportés ?⁵⁴⁰ Ces questions sont redoutables car elles renvoient à des problèmes bien connus en philosophie mais qui se retrouvent dans la pratique quotidienne des juristes et des analysants. Comment représenter dans le présent quelque chose du passé ? Le récit est confronté à une redoutable aporie, celle de rendre présent ce qui est absent. Si notre identité se trouve dans notre histoire, il faut faire un véritable effort pour opérer un travail d'approfondissement de soi et se rappeler ses souvenirs. Plusieurs difficultés entravent ce cheminement.

La première, que nous avons déjà étudiée, est celle de la confusion entre ce que nous croyons avoir vécu et notre imagination. C'est le problème de la fiction et plus largement des approximations. On trouve souvent un décalage entre ce qui a été vécu et la manière dont on se raconte une suite d'événements. Certains aspects sont passés sous silence, d'autres sont enjolivés, ou au contraire dramatisés. L'émotion emmêle le récit et crée des distorsions.

La deuxième difficulté, plus délicate, résulte de l'oubli. Nous savons depuis Platon, qui se méfiait de l'écriture, que tout dispositif de mémoire appelle l'oubli⁵⁴¹. Le droit et la psychanalyse le savent bien et ont un rapport ambigu avec le problème de l'oubli. Tout d'abord,

⁵⁴⁰ Ces deux questions, *de quoi* y a-t-il souvenir, et *de qui* est la mémoire, sont le point de départ du dernier ouvrage de Paul Ricœur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. L'auteur interroge la phénoménologie du souvenir, il explique que « se souvenir de quelque chose, c'est immédiatement se souvenir de soi » (...). Ainsi, le passage de la question « quoi ? » à la question « qui ? », en passant par la question du « comment ? » constitue un chemin « du souvenir à la mémoire réfléchie en passant par la réminiscence », in Paul RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil 2004, p. 4 et s.

⁵⁴¹ PLATON expose dans *Phèdre* (274 b-278 a) pourquoi il condamne l'écriture qui engendre une certaine insouciance à l'égard de ce qui est dit, et qui nous le remémore comme une pensée vide, extérieure à soi. L'écrit détache la parole de celui qui la prononce, il indique même que « la plus grande sauvegarde - pour la pensée - c'est de ne pas écrire » et de conclure paradoxalement : "Voilà pourquoi je n'ai jamais rien écrit moi (Platon) sur ces questions », in PLATON, *Lettres*, II, 314 c.

les juristes et les analystes exercent des pratiques qui se heurtent à l'oubli. Les codes juridiques ont été élaborés pour résister au temps. Les contrats sont des lois intangibles pour les parties selon le Code civil⁵⁴². Des lois mémorielles sont votées et imposent un devoir de mémoire⁵⁴³. Des crimes contre l'humanité ne connaissent aucun oubli. Pour la psychanalyse, « oublier », c'est céder au refoulement. Elle est tout entière « mobilisée aux fins de restaurer la force du passé, où se joue le destin du sujet »⁵⁴⁴. L'oubli est une « naïveté », un raté que le travail analytique cherche à corriger. On sait que l'analyste et l'analysant se livrent à un long et fastidieux travail qui emprunte à l'enquête judiciaire pour rechercher les traces de ce qui a été oublié et pour évacuer les faux souvenirs. Dans cette perspective, l'identité peut se penser comme le fait que « quelque chose » se maintient au travers et au-delà des changements, au prix d'une sorte d'abolition temporelle⁵⁴⁵, et que comme rapport de soi à soi, cette identité correspond au maintien de soi malgré l'effet du temps.

Toutefois, l'oubli n'est pas forcément une perte. Si la loi ou le contrat cherchent à échapper à l'usure du temps en fixant dans l'écriture des situations, le droit organise aussi l'oubli en encadrant les procédures dans des délais au-delà desquels elles deviennent caduques ou impossibles à initier, et surtout en déployant un régime complexe et parfois discuté, celui de l'amnistie prévue par l'article 133-9 du Code pénal⁵⁴⁶, qui a pour effet magique de supprimer rétroactivement le caractère délictueux des faits auxquels elle se rapporte. C'est un mécanisme naturellement discuté par les victimes car la violence d'une agression est bien souvent inoubliable au sens le plus péjoratif du terme. Comme l'explique la psychanalyse, le refoulement ne porte pas directement sur la manifestation traumatique mais sur les sentiments qu'il suscite et que l'on éprouve après coup, au point que le trauma en lui-même est souvent « banalisé ». En supprimant la prescription des crimes sexuels comme le demandent des

⁵⁴² Art. 1103 C. civ : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

⁵⁴³ Cf. La loi Gayssot du 13 juillet 1990 qui crée le délit de négationnisme du génocide des juifs ; la loi du 21 mai 2001, dite loi Taubira qui définit la traite négrière et l'esclavage à partir du XV^e siècle comme un crime contre l'humanité et demandent que les programmes scolaires lui accordent une place importante et la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution en faveur des français rapatriés.

⁵⁴⁴ Pierre Laurent ASSOUN, « Le sujet de l'oubli selon Freud », in *Communications*, n°49, 1989, p. 97.

⁵⁴⁵ Edmond HUSSERL, *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, PUF, Epiméthée, 1996, 224 p.

⁵⁴⁶ Art. 133-9 C. pén. : « L'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ».

associations de protection des femmes⁵⁴⁷, on permet sans aucun doute à la victime de pouvoir demander justice lorsqu'elle aura trouvé les ressources pour agir. Mais les règles juridiques ne sont pas seulement faites pour les victimes, même si elles ont subi un crime odieux. La prescription est un dispositif d'oubli institutionnel de ce qui peut diviser en « camps » et, de manière étonnante, cette prescription d'oubli provient de ceux-là même qui ont le pouvoir de punir, et qui retiennent ou administrent leur violence légitime. Tout se passe donc comme si l'État se devait de perdre la mémoire. Pour s'extraire de la violence, les grands moments de fondation, comme après la première guerre avec Clémenceau, ont été associés à l'amnistie, instituant la modération des passions⁵⁴⁸. L'oubli peut aussi aider les personnes fragilisées. La situation est donc paradoxale, la personne qui raconte son histoire est prise dans une injonction double, contradictoire : la loi impose l'oubli tout en rendant nécessaire la mobilisation mémorielle : « souvenez-vous que vous avez oublié ».

Cette injonction est d'autant plus problématique que l'on ne sait pas vraiment « de qui » sont les mémoires. C'est la seconde question importante à laquelle juristes et psychanalystes sont confrontés. « L'homme se dérobe à lui-même, rencontrant au lieu d'un sujet, d'une humanité stable, une humanité qui ne s'appréhende que dans l'historicité, changeante et déterminée par tout un faisceau de conditionnements »⁵⁴⁹. Et les récits construits et parfaitement retracés posent néanmoins la question de leur auteur. Si Jacques raconte un souvenir d'enfance, on peut se demander si son souvenir est conforme au récit familial ou si au contraire il lui appartient. Lorsqu'un étranger quitte son pays pour fuir un régime autoritaire, son récit est-il toujours le sien alors qu'il partage cette errance avec d'autres exilés⁵⁵⁰. On ne sait jamais si les souvenirs qui imprègnent une mémoire sont produites par des images qui constituent des « instantanés », plus ou moins reconstruits et déformés, ou s'ils correspondent à des scènes passées qui se sont réellement produites. La narration de chaque histoire personnelle semble lui conférer une unité temporelle, une cohésion qui unifie la discontinuité des épisodes, des récits vécus mais cette

⁵⁴⁷ Cf. l'article 13 du projet du 6 août 2002 qui exclut le bénéfice de l'amnistie les crimes sexuels et n'avait pas été voté par le Parlement.

⁵⁴⁸ Cf. Alain BROSSAT, « Mémoires et oublis : une histoire de couple », in *Lignes*, 2003, n°10, p.11.

⁵⁴⁹ Pierre AUREGAN, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Ellipses, Culture et histoire, 1998, p. 81.

⁵⁵⁰ Sur l'entrecroisement des récits littéraires et juridiques, cf. *Raconter l'exil, aux sources de l'imaginaire juridique*, (dir.) Claire PICOD et Mathieu DOAT, Mare et Martin, 2020, 296 p.

belle unité est sous-tendue par un agencement complexe⁵⁵¹. Dire *Je* dans un récit « permet de rendre compte de soi, des actions, des pensées, mettant du sens dans l'après-coup sur une suite d'évènements contingents, et permettant ainsi de maintenir un sentiment de continuité d'existence »⁵⁵². Mais le sujet ne peut s'unifier narrativement que s'il ne doute pas de son identité et qu'il est en mesure de construire un principe de concordance à travers toutes les péripéties de son existence. Or le temps vécu, « facteur de dissemblance, d'écart, de différence »⁵⁵³, vecteur de ce que l'on vit, est le support de l'articulation de la présence et de la non-présence à soi⁵⁵⁴.

Le récit est donc l'outil premier dont disposent le droit et la psychanalyse pour établir le lien avec le réel identitaire de la personne humaine. Mais la confrontation dans le temps entre le langage et la réalité est loin d'être évidente. Le récit est un archipel. Et la parole peut être défaillante.

II. Le récit défaillant

La parole peut défaillir, les mots avoir des ratés ... ils manquent quand la souffrance fait surface, quand les pulsions et les émotions prennent le dessus. Il faut prendre acte du processus de délinéarisation de l'histoire quand la successivité entre les évènements ne fonctionne plus. Le juge écoute un enfant qui bégaye, dyslexique. Une mère crie mais n'est plus entendue plus dans un

⁵⁵¹ Kristina Herlant-Hémar indique que « certaines caractéristiques de la personne humaine restent égales, immuables, permanentes, telles que son patrimoine génétique. Ce qui est avéré en matière de biologie, trouve son équivalent dans le domaine relationnel, en ce sens qu'une série d'invariants, permettent d'établir une définition de l'identité personnelle c'est l'ipséité - ce qui fait qu'un être est lui-même, et pas autre chose - du soi », in Kristina HERLAN-HÉMART, « Identité et inscription corporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricoeur.fr*, mise en ligne septembre 2013, p. 3. Cependant Ricœur lui-même met en cause sa conception initiale du caractère immuable de l'être au fil de l'existence (avancée dans « L'homme infallible », in Paul RICŒUR, *Philosophie de la volonté, t. II : Finitude et culpabilité, 1*, Aubier, Philosophies, 1993, 492 p.). Avant lui, Heidegger également évoquait la notion d'ipséité en se demandant comment le Dasein (le verbe allemand *dasein* signifie, dans la tradition philosophique, « être présent ») pourrait exister en maintenant son unité au milieu de toutes les manières et possibilités de son être ?, in Martin HEIDEGGER, *Être et temps*, Gallimard, Œuvres de Martin Heidegger, section 1, 1986, p. 377.

⁵⁵² Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription temporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricoeur.fr*, mise en ligne septembre 2013, p. 1.

⁵⁵³ Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, op. cit., p. 142.

⁵⁵⁴ Il permet selon Jacques Derrida un « rapport à soi dans la différence d'avec soi », in Jacques DERRIDA, *La voix et le phénomène*, PUF, 1967, p. 75.

cabinet d'analyse. La victime d'un inceste s'effondre au tribunal, en sanglots, et ne peut raconter à la barre ce qui s'est passé, et le parent incestueux est acquitté ce qui amplifie encore la souffrance de sa victime muette. Il est extrêmement difficile de déchiffrer le vécu immédiat, de schématiser et de figurer des faits, à la fois singuliers et non singuliers. La vérification et l'exactitude des allégations étant menacées, le rapprochement et les analogies n'opèrent plus. Sous la pression d'un impératif d'efficacité⁵⁵⁵, il faut juger vite. Les longues analyses doivent céder le pas à des thérapies dites comportementales. C'est la fin des grands récits d'émancipation comme des longs procès. Il s'agit moins de vérité que d'apaisement. La parole ne connaît pas vraiment de limite (A). La déstabilisation des repères fragilise un peu plus le récit (B).

A. Le récit sans fin

Tout récit implique en principe une conclusion. L'aboutissement « normal », attendu d'une analyse ou d'une procédure judiciaire, c'est leur fin. Le juge arrête une affaire en prenant une décision. Il tranche. L'analyse se termine quand un sens est donné à l'expérience. Le psychanalyste Sandor Ferenczi en 1927 expliquait « que l'analyse n'est pas sans fin, mais peut, si l'analyste possède la compétence, être menée jusqu'à une conclusion naturelle »⁵⁵⁶. La fin est donc dans l'ordre naturel des choses et il est raisonnable de penser que le justiciable puisse accéder tôt ou tard à une solution. Mais ce résultat magique reste hypothétique.

Le justiciable ou l'analysant demeurent en effet souvent envahis par un sentiment d'inachèvement. Un état empreint d'une déception plus ou moins conscientisée, qu'il reste à accepter. Ainsi la conclusion judiciaire permet, sinon de pacifier une situation, au moins de mettre un point d'arrêt à une histoire, tout en lui conférant un sens, une fin qui se veut « morale », ou « logique ». Il y a toujours le fantasme qu'avec un procès ou une psychanalyse, on arrive au bout d'un récit. Or parmi tous les mots prononcés, seuls les faits d'une « petite histoire » ont

⁵⁵⁵ Sur l'efficacité comme nouveau discours sur la justice, voir l'ouvrage, *L'efficacité de la justice administrative*, (dir.) Raphaël MATTA-DUVIGNAU et Mickaël LAVAINÉ, Mare & Martin, 2016 ; v. plus largement le rapport de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Systèmes judiciaires européens : Efficacité et qualité de la justice*, Conseil de l'Europe, 2019.

⁵⁵⁶ Cité par Gérard Pommier, « La fin relative de la psychanalyse », in *Figures de la psychanalyse*, 2002, n°6, p. 123.

été la source du verdict. En réalité, le juge se débarrasse de l'histoire qui est d'ailleurs la grande absente dans les décisions de justice⁵⁵⁷. Réduit à n'en connaître que quelques bribes, le juge camouffle la réalité violente en effaçant une partie de l'histoire par l'écrit, de sorte que « le texte s'offre au juriste non comme un fragment historique, lié à de telles circonstances, mais sur un mode intemporel et mathématique »⁵⁵⁸. Le jugement n'est qu'une suspension fictive, qui n'empêche en rien l'écoulement de l'histoire. Le récit est donc marqué par une capacité d'expansion imprévisible, et plusieurs hypothèses sont possibles.

La première est qu'il existe bien une fin mais qu'elle ne sert pas de conclusion définitive. C'est souvent le cas de la décision de justice. Le juge règle une situation comme il l'entend. Il modifie une identité pour permettre prendre en compte un sentiment personnel. Mais le sentiment de soi reste fragile, le jugement n'arrête pas le processus qui conduit le justiciable à accepter ce qu'il est. Le malaise persiste. Il y a l'idée que le jugement permet une reconstruction, qu'il « ferait du bien », un peu comme les rois thaumaturges, sources de justice, étaient censés guérir les écrouelles par le toucher, en prononçant la phrase « Le Roi te touche, Dieu te guérit ». Mais la réalité du jugement est bien souvent violente et douloureuse, même pour celui qui obtient gain de cause⁵⁵⁹.

La fin de l'analyse est sans aucun doute encore plus problématique⁵⁶⁰. La cure se termine lorsque l'analysant quitte « l'espace où s'est jouée la rencontre transférentielle » et où il « se sépare du psychanalyste pour se tourner vers son propre avenir, seul »⁵⁶¹. Selon ce schéma, le patient peut se dégager du transfert vis-à-vis de son analyste qui est devenu une personne comme une autre dont il « peut se séparer sans se détruire, et sans crainte de le détruire »⁵⁶². On s'aperçoit alors qu'il n'y a une conclusion mais pas de fin car la personne continue son parcours

⁵⁵⁷ À la différence des juridictions qui s'inspirent du modèle anglo-saxon, les juridictions françaises énoncent, dans leurs jugements et leurs arrêts, des faits qui sont, sauf exception, très fortement résumés en quelques lignes.

⁵⁵⁸ Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique, op. cit.*, 270 p.

⁵⁵⁹ Le trauma à l'origine d'une procédure juridictionnelle ne s'efface pas « automatiquement » à l'issue du procès.

⁵⁶⁰ Sur cette question délicate et parmi une littérature importante, voir l'ouvrage de Gérard POMMIER, *Le dénouement d'une analyse*, Champs Flammarion, 1999, 284 p.

⁵⁶¹ Cf. Viviane JULLIEN-PALLETIER, « Fins paradoxales de l'analyse » in *Cahiers jungiens de psychanalyses*, 2006, n°119-120, p. 73.

⁵⁶² *Ibid.*

en empruntant un autre chemin. Freud le reconnaissait clairement : « il est bien prouvé que même un traitement réussi ne préserve pas celui qui fut autrefois guéri d'être atteint plus tard d'une autre névrose, et même d'une névrose issue de la même racine pulsionnelle, donc à vrai dire, d'un retour de l'ancienne souffrance »⁵⁶³. On ne guérit pas d'une névrose comme d'une toux qui elle ne fait pas partie de l'identité.

Au regard de ces difficultés, il existe aussi des fins non conclusives. La fin ne fournit pas toujours de conclusion définitive. Rien n'est arrêté, la boucle n'est pas bouclée. C'est souvent le cas lorsque la personne renonce à la plainte juridique et/ou psychique. Les causes sont multiples. La personne peut considérer qu'elle n'est pas vraiment entendue par le juge ou par l'analyste. Elle sent qu'elle « n'a pas voix au chapitre », et ce renoncement peut être pulsionnel⁵⁶⁴. Il peut aussi être masqué par un argument économique. Ces fins non conclusives ont pour particularité d'advenir sans forme claire. Juridiquement, le désistement peut se manifester au cours une procédure orale, pendant l'instance. Dans la procédure écrite, elle résulte d'un courrier au tribunal dans lequel une personne qui avait engagé un procès indique renoncer à poursuivre la procédure⁵⁶⁵. On peut même considérer à la suite de Freud, que la culture du renoncement arrimée à notre fonctionnement nous conduit vers la non satisfaction de nos pulsions⁵⁶⁶. Ne pas connaître la fin, c'est donc composer avec une injustice ou un symptôme tels qu'ils se présentent à nous. C'est peut-être refouler ou tout simplement renoncer à solutionner l'histoire. Il peut y avoir un désir d'en rester là. Si le tribunal et le psychanalyste peuvent tout entendre, jusqu'à ce qu'il y a de plus intime, il est possible aussi de plus rien dire ensuite et que certaines paroles ne sortent plus des murs entre lesquels elles ont été prononcées. C'est une règle importante dans les tribunaux. Elle est essentielle en matière d'analyse. Et le juge n'hésite pas à réaffirmer ce principe en sanctionnant les psychanalystes qui ne respectent pas cette obligation de confidentialité⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Sigmund FREUD, « Analyse finie et infinie », in *Résultats, idées, problèmes*, PUF 1998, p. 256.

⁵⁶⁴ Frédéric VINOT, « Renoncement pulsionnel vocal et exclusion de groupe », *Revue Psychothérapie psychanalytique de groupe*, 2008, pp.185-197.

⁵⁶⁵ Cependant l'instance étant liée, l'efficacité du désistement reste subordonnée à l'accord du défendeur. Le juge a le pouvoir d'apprécier la légitimité du refus du désistement. 2e Civ. - 3 juillet 2008, BICC n°692 du 1er décembre 2008.

⁵⁶⁶ Sigmund FREUD, « Le malaise dans la culture », *Œuvres complètes*, vol. XVIII, PUF, p. 285.

⁵⁶⁷ TGI Paris, 24 mai 2006, n° CT0038. Dans cette affaire, le juge sanctionne le fait qu'un psychanalyste est révélé l'inceste dans un ouvrage mais aussi qu'il est utilisé des termes péjoratifs et humiliant pour raconter l'histoire de cette patiente. Sur cette question, v. l'article de Claire-Marine FRANCOIS-

La parole est donc au cœur du processus juridique et analytique. Mais elle n'est pas toujours suffisante pour conduire à ce qu'émerge une vérité. Il est parfois très difficile, ainsi que l'exprime Vincent Aubelle, de « découvrir l'étendue des plures de l'impensé et de ses interdits »⁵⁶⁸. Si pour Sigmund Freud⁵⁶⁹, « le travail de construction (celui de l'analyste), ou si l'on préfère, de reconstruction, montre une large concordance avec celui de l'archéologue qui exhume une demeure détruite et ensevelie, ou un monument du passé »⁵⁷⁰, il n'est jamais certain que ces fouilles permettent des découvertes majeures. La pensée et l'inconscient sont souvent séparés du langage par un écart, qui agit tel un prisme déformant. Le récit dès lors apparaît comme un piège d'autant plus que les repères narratifs sont brouillés⁵⁷¹.

B. Le récit sans repère

La mise en récit d'une identité présuppose qu'une histoire soit structurable par un sujet souverain. Le récit implique des personnages, une intrigue mais surtout une capacité à organiser cette narration et à trouver son chemin dans le labyrinthe touffu de l'inconscient afin de répondre à la question : « qui suis-je ? ». Ce présupposé est important car il conduit traditionnellement à faire émerger la vérité et le système déductif mis en place. En droit, il prend la forme d'un syllogisme. Le récit est confronté à la règle générale et une solution en matière de changement de nom ou changement de sexe, est déduite. Dans le domaine de la psychanalyse, si on ne trouve pas de modèle logique, les grands mythes comme celui d'Œdipe servent de repères pour orienter l'analysant. Toutefois, une double difficulté se présente : d'une part, on peut s'interroger sur le fait que les mythes fondateurs soient de plus en plus inopérants dans nos sociétés complexes, d'autre part, on peut soupçonner que le sujet soit loin d'être investi de la solidité et de la rationalité qui peuvent lui permettre, à la fin de son récit, de se retrouver solidement campé sur son chemin.

PONCET, « La confidentialité en psychanalyse », in *L'éthique du psychanalyste*, PUF, 2011, pp. 83-98.

⁵⁶⁸ Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan*, Berger Levrault, Au fil du débat, Essais, 2019, p. 17.

⁵⁶⁹ V. à ce sujet Lydia FLEM, *La vie quotidienne de Sigmund Freud et de ses patients*, La librairie du XXème siècle, Seuil, 2018, 305 p.

⁵⁷⁰ Sigmund FREUD, *Constructions dans l'analyse, Œuvres complètes, 1937-1939*, t. XX, PUF, 2010, p. 63.

⁵⁷¹ Cf. Louis MARIN, *Le récit est un piège*, Éditions de Minuit, 1978, 145 p.

Droit et psychanalyse sont confrontés tout d'abord à une démonétisation des grands mythes fondateurs de leur discipline. On sait bien aujourd'hui que la « Loi a perdu une bonne part de l'aura qui l'entourait ; et qu'elle se trouve soumise à l'épreuve critique du juge. Tout se passe comme si le système de croyance sur lequel elle s'appuyait était en voie d'épuisement »⁵⁷². L'autorité de la Loi et de ceux chargés de l'élaborer et la mettre en œuvre s'est progressivement corrodée. La solennité des tribunaux est souvent troublée lorsque le juge doit trancher une question qui touchent à l'identité. L'inflation législative, assortie d'un affaiblissement de contenu et d'un manque de moyens des juridictions participent de cette régression. La précipitation et l'urgence conduisent à prendre des décisions rendues trop rapidement sur des fondements incertains et des contextes nébuleux. La norme, en matière sexuelle particulièrement, a perdu son statut d'autorité, prise dans le jeu des différents interprètes qui sont capables de lui faire dire une chose, et son contraire et parfois même le contraire du contraire⁵⁷³.

Le discrédit des grands mythes touche autant la psychanalyse. Depuis *L'anti-Œdipe*⁵⁷⁴, le mythe fondateur de la psychanalyse a perdu beaucoup de sa crédibilité. L'Œdipe ne serait que « l'histoire d'une longue erreur qui bloque les forces productives de l'inconscient, les fait jouer sur un théâtre d'ombres où se perd la puissance révolutionnaire du désir, les emprisonne dans le système de la famille »⁵⁷⁵. Ce concept clinique qui est au cœur de la théorie freudienne ne semble plus pouvoir servir de référent intangible.

La triangulation père/mère/enfant perd de son universalité. Dès 1952, Frantz Fanon indique « qu'on oublie trop souvent que la névrose n'est pas constitutive de la réalité humaine. Qu'on le veuille ou non, le complexe d'Œdipe n'est pas près de voir le jour chez les nègres »⁵⁷⁶. Au sein de notre société occidentale, le schéma œdipien devient problématique au regard de toutes

⁵⁷² Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », in *RDP* 1990, p. 1665.

⁵⁷³ Olivier CAYLA, « Une chose et son contraire (et son contraire etc...), *Les études philosophiques*, n°3, 1999, pp. 291-310.

⁵⁷⁴ Cf. l'ouvrage de Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI, *L'anti-Œdipe, capitalisme et schizophrénie*, Les éditions de Minuit, 1972, 493 p.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, 4^{ème} de couverture.

⁵⁷⁶ Frantz FANON, *Peaux noires, masques blancs*, Éditions du Seuil 1952, p. 143.

les nouvelles formes de vies familiales que l'on rencontre aujourd'hui⁵⁷⁷. Le flou entre les différents sexes et les transformations de la filiation créent des situations extrêmement diverses et complexes, et certains analystes sont plus réticents à se référer à des modèles construits du temps de Freud, quand la famille était forcément fondée par un couple marié hétérosexuel⁵⁷⁸. Nous verrons d'ailleurs dans la seconde partie de cette thèse, notamment à travers les recherches de Judith Butler, comment le préjugé selon lequel le désir est initialement hétérosexuel⁵⁷⁹, a pu longtemps constituer un masque conceptuel.

Il convient sans doute de ne pas exagérer ces remises en cause. Le mythe fait toujours l'objet d'une attention particulière chez les psychanalystes qui décrivent les déclinaisons contemporaines dans le fonctionnement psychique⁵⁸⁰. Mais il est certain que la place du mythe est désormais assortie de réserves et de nuances.

L'idée que le récit puisse permettre à une personne de voir tous ses droits reconnus ou encore de sortir pleinement de ses névroses repose sur la conception d'un sujet supposé rationnel. Avec la déconstruction du *cogito* par Freud, puis les analyses de Lacan qui considèrent le sujet alternativement comme auteur et comme être assujetti⁵⁸¹, le sujet est ambivalent, dépourvu

⁵⁷⁷ Sur cette mise en cause, v. Roger PERRON & Michèle PERRON-BORELLI, *Le complexe d'Édipe*, PUF, Que sais-je ?, 2016, 128 p.

⁵⁷⁸ La famille est une notion éminemment floue et évolutive, qui à la fois a toujours existé comme groupe fondamental structuré depuis les sociétés primitives, et qui présente une infinie diversité, dans l'espace et dans le temps. D'un point de vue sociologique, la famille est aujourd'hui plutôt élective et mouvante, et nombre de nouvelles familles émergent. D'un point de vue juridique, il n'en existe pas de définition légale, seulement l'emploi du terme dans des expressions telles que la « direction de la famille » (art. 217 C. civ.), « le logement de la famille » (art. 215 C. civ.), « l'intérêt de la famille » (art. 217 C. civ.), « le conseil de famille » (art. 407 et s. C ; civ.). La famille recoupe par ailleurs des réalités différentes : les parents et leurs enfants (art. 213 C. civ.), les ancêtres (art. 356 C. civ.). On peut estimer que le Code civil a de la famille une conception propre qu'il exprime par exemple quand il traite du mariage (art. 144 C. civ.), du divorce (art. 228 et s. C. civ.), de la filiation (art. 310-1 et s., art. 310 et nouv.), des règles relatives à la dévolution du nom (art. 311-21 et s. C. civ.), de l'autorité parentale (art. 371 et s. C. civ.), de la minorité (art. 388 et s. C. civ.), du pacte civil de solidarité (art. 515-1 et s. C. civ.), du concubinage (art. 515-8), des successions (art. 720 et s. C. civ.), des donations entre vifs et des testaments (art. 893 et s. C. civ.), des régimes matrimoniaux (art. 1387 et s. C. civ.).

⁵⁷⁹ Cf. l'ouvrage central de Judith BUTTLER, *Trouble dans le genre*, (1990), La Découverte Poche, 2006 ; pour nos analyses, v. le dernier chapitre de cette thèse.

⁵⁸⁰ Cf. par exemple Guy CABROL, Félicie NAYROU, Hélène PARAT (dir.), *Actualité de l'Édipe*, PUF, 2015, 218 p.

⁵⁸¹ Il est reconnu que Freud s'est toujours méfié d'une réflexion sur le concept de sujet, il a voulu construire une pratique et une science de l'inconscient. Il faut attendre Lacan, pour voir proposer une théorie psychanalytique du sujet. Pour une approche de son travail particulièrement complexe, v.

d'unité essentielle. À l'évidence, ce qui fait le sujet « ne fait plus accord, consensus implicite, pacte et nous nous reconnaissons dans certaines formes qui sont autant d'éclats du miroir brisé de la modernité »⁵⁸². Le sujet moderne s'était promis de pouvoir concevoir, penser et expliquer le monde à partir de lui-même. L'homme est devenu responsable. Mais l'effondrement des récits d'émancipation et l'effacement des repères auxquels nous sommes livrés plongent dans le doute notre aptitude à être responsables et à juger. Et certains affirment désormais que « nous sommes ce que nous n'avons pas choisi d'être, et nous sommes responsables de ce que nous avons aucune possibilité de choisir »⁵⁸³.

Dans ces conditions, les identités qui nous sont attribuées résultent moins de la volonté de sujets émancipés que d'un marquage de l'État. Les récits sont déjà rédigés. La parole véritable, celle qui porte les vérités des personnes, celle qui est vivante, celle qui respire et traverse des temps de silence, celle qui peut venir à manquer n'est que fiction. Les mythes dorés de la Loi et de l'Œdipe ne sont plus que des fables que l'on raconte à ceux qui veulent encore y croire. Et la quête de l'identité devient mélancolique : je ne suis pas moi.

Conclusion du chapitre II

Le « récit de soi » est central dans les pratiques juridiques et psychanalytiques de reconnaissance de l'identité⁵⁸⁴. Ces récits en apparence s'opposent. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, le juge, à partir d'éléments épars racontés, construit des faits susceptibles d'être jugés. L'analyse au contraire part de ce qui est dit, pour remonter à ce qui ne peut être raconté. Elle aide à mettre en mots le silence ; un silence vecteur de certaines vérités. Pour que la pensée de soi puisse se construire, prendre possession d'elle-même, il faut qu'elle passe par l'expression qui objective les idées et les rend conscientes, de sorte que la pensée se saisit dans son effectuation. Il reste que cette mise en récit de l'identité de la personne humaine est loin d'être évidente. L'intention de celui qui parle n'est manifestement pas portée vers les

l'ouvrage de Bertrand OGILVIE, *Lacan, La formation du concept de sujet (1932-1949)*, PUF, Philosophies, 4^{ème} éd., 2005, 128 p.

⁵⁸² Franck CHAUMON, « Du sujet comme fiction », in *Aux limites du sujet*, Érès, 2006, p. 123.

⁵⁸³ Miguel BENASAYAG, *La fragilité*, La découverte 2007, p. 210.

⁵⁸⁴ Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription corporelle : le récit de soi chez Ricœur », *op. cit.*

simples mots, mais elle se révèle surtout « à travers » les mots porteurs d'« intentions signifiantes »⁵⁸⁵. Non seulement, le récit se heurte aux limites du langage pour rendre compte de sentiments profonds, mais il doit composer avec le temps. Ruse du récit qui fait croire aux lecteurs en une suite d'évènements ; piège de la narration car obsédés par nos histoires d'identités, nous nous retrouvons au cœur de fictions.

Conclusion du Titre I

La conception que l'on se fait de la personne est au centre de la question identitaire. La personne ne peut répondre à la question « qui suis-je ? » qu'après avoir précisé à quelle théorie du sujet elle adhère. Cette démarche n'est pas habituelle. Les juristes préfèrent éviter d'interroger la vision qu'ils se font de la personne. Ce préalable est toutefois indispensable pour comprendre la sélection par la doctrine et le législateur des éléments constitutifs de l'identité de la personne humaine et surtout pour pouvoir les soumettre à la critique. La doctrine juridique « fait comme si » cette personne était un être pleinement conscient, disposant de son libre arbitre et capable de répondre de ses actes librement et clairement consentis. Elle ne peut dès lors remonter aux sources de l'identité subjective. Pour la plus grande partie, elle n'en retient qu'une forme fantomatique. Volonté, discernement, consentement, intention sont des artifices qui ne traduisent pas la réalité de notre « Je » intérieur, la réalité de « Soi ». On peut considérer que le droit reste à la surface car il ne mobilise pas le concept d'inconscient. Or ce concept n'est pas réservé à la psychanalyse et il est important que les juristes nourrissent leur lexique pour mieux comprendre la réalité des demandes identitaires. La doctrine comme les praticiens ne peuvent rester dans une défense maniaque d'un sujet de droit rationnel.

Si l'on considère que la demande de changement d'identité engage l'inconscient, la question de la narration devient déterminante. Le juge comme le psychanalyste doivent vérifier qu'une personne parle bien d'elle-même quand elle explique qui elle est. Psychanalyse et droit sont donc attelés à un même travail d'écoute, d'enquête et de défouissement. Leurs pratiques ne sont pas éloignées, mais la mise en récit de l'identité en droit et en psychanalyse ne poursuit pas la même finalité. Alors que la narration en droit a pour finalité d'établir des faits et permettre de trancher un litige, le travail analytique cherche plus à déconstruire ces « faits » pour montrer

⁵⁸⁵ Edmund HUSSERL, *Recherches logiques*, t. 2, 2^{ème} partie, PUF, 1970, p. 85-138.

comment l'identité est un produit inconscient. On peut voir dans ces demandes les soubresauts délirants d'un sujet de droit dont les pensées sont confuses. Elles pourraient faire sourire si l'identité n'était pas aussi une question qui fait souffrir profondément le corps.

Titre II

L'identité de la personne humaine comme un corps

La personne s'identifie comme un être pensant, chargé d'une histoire plus ou moins refoulée. Elle est aussi un corps et de nombreux éléments physiques figurent sur les documents officiels qui traduisent son état civil. Sur certains, non seulement le visage apparaît grâce à une photo plus ou moins récente conformément aux exigences posées par l'arrêté du 10 avril 2007, mais y figurent aussi les empreintes digitales, la taille, l'âge et le sexe. Le corps d'une personne est donc bien constitutif de son identité. Cette affirmation en apparence simple n'est pas sans soulever des questions délicates car la nature du lien juridique entre la personne et son corps n'est pas parfaitement précisée par le législateur⁵⁸⁶. Elle présuppose soit une confusion, soit une distinction⁵⁸⁷.

Le corps est pour certain « la personne humaine en sa réalité physique, le support naturel de la personne, entité biologique vitale proclamée en tant que telle, inviolable, rebelle à tout droit patrimonial, inaliénable mais non indisponible sous maints rapports »⁵⁸⁸. D'autres le considèrent comme une entité distincte de la personne, car le corps est une chose, et une chose soumise à un régime juridique particulier⁵⁸⁹.

⁵⁸⁶ Le corps a fait son entrée dans le code civil, tardivement. Cf. la loi n94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, avec ses art.2 & 3 (v. C. civ. art. 16 à 16-9), art.5 (v. C. Civ art.16-10 à 16-12) art.10 (C. civ. art. 311-19 à 311-20).

⁵⁸⁷ Gilles RAOUL-CORMEIL, « Biomédecine et maîtrise du corps humain », in Jean-Manuel Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Droit & Justice 88, Bruylant, 2009, p. 117. En même temps, l'auteur indique que le Code de la santé publique « dépasse cette entité indivisible pour viser les éléments et les produits du corps humain dans leur variété et même leur isolement du corps ».

⁵⁸⁸ V. « corps humain », in *Vocabulaire juridique*, op.cit. p. 512.

⁵⁸⁹ Les choses du point de vue du droit sont par définition ce sur quoi l'homme peut exercer une absolue maîtrise, il peut les investir de sa personnalité, de son pouvoir, elles sont neutres. Les personnes sont un concept opposé, elles jouissent de droits propres, et elles peuvent s'approprier les choses (hormis les *res communis* qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, telles l'air, l'océan, etc.).

Si le corps se confond avec la personne⁵⁹⁰, ces deux concepts entretiennent une relation essentielle, mais qui peut être effrayante. La personne se définit à travers son corps. Il devient l'enjeu de son identité. Il reste que si l'on essentialise le corps, il devient le miroir dans lequel une personne, telle Narcisse, se contemple et tombe amoureuse de son image. Or, on connaît la fin tragique de l'histoire de Narcisse qui dépérit lentement et meurt de cet amour pour lui-même qu'il ne peut assouvir.

Si le corps est distinct de la personne, se pose la question de l'autonomie juridique de la personne pour agir sur son corps car celui-ci peut être appréhendé comme « l'ensemble des parties physiques, des organes, qui constituent un être matériel doué de la vie humaine, ou qui en a été doué »⁵⁹¹ ; un ensemble de matières et d'organes dont elle peut jouir juridiquement. Dans ce cas, l'identité se dédouble. L'identité de la personne est ce qu'elle pense être et son corps est un accessoire. Soit ce corps peut être une faiblesse, car trop gros, trop mou, trop maigre, trop poilu, trop blanc, trop noir, pas assez grand, douloureux, moteur d'un désir débordant, source de pulsions inavouables. Soit il peut être une richesse, et alors il « paraît le chef d'œuvre de la nature »⁵⁹². La quête de l'identité peut alors se transformer en la quête d'une jouissance sans fin. À l'image du tonneau des Danaïdes, elle conduit à embrasser tous les désirs et condamne la personne à une éternelle frustration⁵⁹³.

Cette chosification du corps apparaît clairement dans le Code de la santé publique qui vise les éléments et les produits du corps humain, « dans leur variété mais aussi dans leur isolement du corps » ainsi que l'explique Gilles Raoul-Cormeil qui souligne qu'« un chapitre préliminaire, inclus dans le livre premier de la première partie de ce Code, édicte “les droits de la personne“ pour considérer la personne en son corps souffrant, le livre deuxième établit une tripartition précise : d'abord “le sang humain“, ensuite “les organes “ et enfin pêle-mêle, “les tissus, cellules, produits du corps humain et leur(s) dérivés », in Gilles RAOUL-CORMEIL, « Biomédecine et maîtrise du corps humain », , *op. cit.*, p. 118.

⁵⁹⁰ Claire Neirinck explique qu'« on peut effectivement affirmer que le corps humain - cet ensemble d'éléments biologiques ayant une réalité tangible - est indissolublement liée à la personne, notion juridique ; ce lien est incontestable ». in Claire NEIRINCK, « Le corps humain », in Daniel TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation du débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n°5, pp. 117-127.

⁵⁹¹ V. « corps humain », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 288.

⁵⁹² « Le corps de l'homme qui paraît le chef d'œuvre de la nature, n'est point comparable à la pensée », FENELON, *Œuvres philosophiques*, éd. Charpentier 1843, 42.

⁵⁹³ Selon Lacan, « la jouissance, c'est le tonneau des Danaïdes. Une fois qu'on y entre, on ne sait pas jusqu'où ça va ». Jacques LACAN, *Le Séminaire, Livre XVII (1969-1970), L'envers de la psychanalyse*, Le Seuil, 1991, p. 83

Affirmer que la personne s'identifie par son corps est donc source de confusion car cette idée implique des choix juridiques et des actes inconscients vertigineux. Un travail de clarification s'impose pour envisager le corps comme un élément essentiel de l'identité de la personne (Chapitre 1), ou comme un élément qui lui appartient (Chapitre 2). Nous espérons montrer que ces conceptions ne sont pas incompatibles : le corps est *à la fois* ce qu'*est* la personne, et ce qu'elle *a*.

Chapitre I

Le corps comme être

Une personne est un corps. Dès la naissance, la personne et son corps se confondent. Et la même personne disparaît lorsque son corps ne fonctionne plus et meurt. Le corps humain est donc le point d'origine de l'identité juridique. Alors que le droit lui confère aujourd'hui une place prépondérante, il en a longtemps gardé une vision allégorique.

Il est vrai que le législateur et la doctrine ont préféré, jusqu'à la loi du 29 juillet 1994 garder le silence sur le statut du corps. Non seulement la véritable personne était surtout celle dotée d'une intentionnalité, d'une volonté⁵⁹⁴, mais au nom de la sûreté de l'État, des corps étaient maltraités, mutilés, torturés⁵⁹⁵. Tout autant négligé, le consentement des patients quant aux soins prodigués à leur corps, jusqu'à ce que la loi du 4 mars 2002⁵⁹⁶ le consacre sur le plan juridique⁵⁹⁷, par un texte dont l'application reste aujourd'hui encore assez hétérogène, et qui permet les soins sous

⁵⁹⁴ Le corps sans esprit, sans volonté n'est qu'une construction biologique inerte ; le corps d'où s'absente la conscience n'est plus une « véritable personne », c'est alors qu'on y introduit la volonté d'un autre, le tuteur, *in* Raymond MARTIN, *Personne, corps et volonté*, Recueil Dalloz Sirey, n° 33, 2000, p. 505.

⁵⁹⁵ La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants du 10 décembre 1984 est relativement tardive en droit international et elle a été ratifiée en France en février 1986.

⁵⁹⁶ Il s'agit de la loi n° 2002-303, du 4 mars 2002, Droit des malades et qualité du système de santé, avec l'art. 16-9 du Code civil qui dispose que toutes les dispositions du chapitre « Droits de la personne » sont d'ordre public. V. également la loi n° 2004-800 dite de bioéthique. *Cf.* Annick BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », *in* Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, *op. cit.*, pp. 45-69.

⁵⁹⁷ Art. L.1111- 4 al.1 CSP : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ».

contrainte des malades mentaux⁵⁹⁸. Il reste que l'oubli du corps n'est pas propre aux juristes⁵⁹⁹. Il s'inscrit dans l'histoire de la société occidentale qui a longtemps considéré la personne d'une manière immatérielle⁶⁰⁰ et écartait traditionnellement le corps comme réalité sensible faisant obstacle à la connaissance et à la vertu, pour favoriser l'esprit et les idées. Même les arts proposaient des représentations corporelles complètement magnifiées. Michel-Ange ou Botticelli ne cherchaient pas à peindre l'identité des personnes, ils ne s'attachaient pas à traduire leur singularité⁶⁰¹. L'image d'un visage ne saurait être autre chose qu'un simulacre d'identité. Aucune représentation ne peut traduire une identité.

Ce déni du corps réel est apparu artificiel et dangereux, notamment sous l'effet du développement des nouvelles technologies de l'image et des recherches médicales⁶⁰². Le développement de la photographie a accompagné l'émergence des cartes d'identité. Les progrès des neurosciences ont conduit à l'idée que le psychisme et le corps appartenaient à un même « tout ». Et il faut reconnaître que la psychanalyse a joué un rôle moteur pour montrer que le corps est la source du développement des expériences psychiques⁶⁰³. Enfin la notion d'inviolabilité du corps humain et la prise en compte de toutes les atteintes qui ne peuvent lui être portées, ont conduit à ce que le Droit reconnaisse au sujet le droit d'aimer son corps et de le protéger. Le corps des personnes humaines est devenu le lieu de leur identité personnelle⁶⁰⁴, l'expression de ce qu'elles sont profondément. Et désormais, une nouvelle prescription

⁵⁹⁸ Georges BERTHON, « Le paradoxe du respect du consentement dans les soins sous contraintes : entre norme juridique et éthique psychiatrique », *L'information psychiatrique*, 2006, vol. 87, n° 6, 2011, pp. 459-465.

⁵⁹⁹ Ce rejet de la matérialité du corps n'est pas propre au droit. Il s'inscrit dans une tradition philosophique ancienne. Tout un courant philosophique a estimé que le corps était un élément très secondaire, v. sur ce point Michela MARZANO, *Dictionnaire du corps*, PUF, Quadrige, 2007, 1048 p.

⁶⁰⁰ Xavier BIOY a bien montré dans sa thèse comment le corps a été longtemps négligé par la recherche juridique, cf. Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 340. V. plus largement la solide thèse de Lisa Carayon, *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, soutenue le 12 décembre 2016 à l'Université Panthéon Sorbonne Paris 1, Prix Jean Carbonnier.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Les progrès des neurosciences, l'évolution de la réflexion philosophique et des sciences humaines ont conduit à l'idée que corps et psychisme appartiennent à une même réalité.

⁶⁰³ « Le corps, ça devrait vous épater plus », dit Jacques Lacan, in Jacques LACAN, *Le Séminaire, Livre XX*, Seuil, 1975, p. 99.

⁶⁰⁴ L'image que l'on donne de son corps a toujours été très codifiée par des modes, elle est « le reflet de pressions et de transformations multiples fondées sur les valeurs et les croyances édictées par la société », in Michela MARZANO, *Penser le corps*, PUF, Questions d'éthique, 2014, p. 15.

s'impose : il faut habiter son corps. Cette transformation de la place du corps n'est pas sans difficulté puisqu'il continue d'échapper à la volonté. Il vieillit et se modifie en permanence.

La personne humaine entretient donc avec son corps une relation juridique, qui doit être précisée. Soit on conçoit le corps *distinct* de l'esprit mais avec une primauté l'un sur l'autre, alors des conceptions différentes et critiquables de l'identité voient le jour (Section I). Soit on pense *le* corps et l'esprit comme *unité*, alors l'un reflète l'autre, avec le risque que l'identité de la personne ressemble à un jeu de miroirs infini (Section II).

Section I

Le système corps-esprit : les perversions de l'identité

Un parcours rapide de l'histoire de nos sociétés occidentales montre que le corps n'a longtemps occupé qu'une place mineure dans l'identification des personnes. Si une conjonction existe entre la personne et son corps, celui-ci est pensé comme un accessoire. Il est « la prison de l'âme »⁶⁰⁵. Un renversement s'est produit. L'esprit n'est plus le l'élément essentiel de la personne. Le corps que l'on peut perfectionner et modifier devient « premier », il accueille une personne qui se pense accessoirement. Cette rupture dans la manière d'envisager le système corps/esprit n'est pas simplement un renversement théorique. Elle conduit à proposer deux modèles différents de concevoir l'identité. Si l'esprit est premier, l'identification de la personne se fera principalement d'un point de vue axiologique (I). Si le corps est premier, l'identité de la personne reposera sur une approche objective mais imparfaite (II).

⁶⁰⁵ PLATON, *Phédon*, 82c, 83b, éd. Garnier Flammarion, 1991.

I. La primauté de l'esprit sur le corps : une conception axiologique de l'identité

Il existe une solide tradition philosophique depuis la Grèce, qui reconnaît une primauté de l'esprit sur le corps. Cette tradition a irrigué notre système juridique et conduit à concevoir l'identité des personnes sur la base d'un jugement de valeur. Si la personne ne se définit que par les œuvres qu'elle a pu penser ou réaliser, son identité se basera sur l'évaluation de ce qu'elle a produit.

A. Le corps accessoire de l'identité de la personne

À la question de savoir ce qui est le plus essentiel, du corps ou de l'esprit, une grande partie des philosophes ont répondu en faisant primer la pensée. Afin de distinguer l'être humain de l'animal et de sa sauvagerie, ils ont cherché à l'ancrer loin du sensible. Ils se sont peu attachés au corps en tant qu'entité charnelle, ils se sont plus intéressés à l'esprit, à la raison, aux passions, regardant le corps comme une sorte d'enveloppe ou même de cage⁶⁰⁶. Ils ont pour la plupart préféré réfléchir à l'âme, enquêter sur l'entendement humain, ou critiquer la raison pure, plutôt que de s'intéresser à la réalité concrète du corps et à la finitude de la condition humaine⁶⁰⁷. Pythagore considérait le corps comme un lieu de corruption ; Platon, dont les réflexions ont imposé une logique disjonctive⁶⁰⁸, assimilait le corps à un « tombeau de l'âme », une entrave

⁶⁰⁶ Selon David Le Breton, une vraie tradition du soupçon, voire de haine à l'égard du corps court sévit dans le monde occidental à l'ère des présocratiques. Différentes doctrines gnostiques, enracinées dans des lieux et des temps épars, entretiennent une pensée commune : le monde souffre d'une indignité radicale, il est par essence mauvais, créé par un démiurge inférieur qui a pris Dieu de vitesse et a créé des entités redoutables qui s'interposent entre Dieu et les êtres humains. Le monde sensible n'est donc pas l'œuvre d'un Dieu de sagesse et de vérité, mais celle d'une création défectueuse. L'être humain participe autant du règne de la lumière que de celui des ténèbres, écartelé entre un monde supérieur et un monde inférieur. Sa déchéance n'est cependant pas totale car il possède une étincelle divine. La gnose manifeste un dualisme strict : d'une part la sphère négative – le corps, le temps, la mort, l'ignorance, le Mal ; d'autre part la plénitude, la connaissance, l'âme, le Bien, etc. Une catastrophe métaphysique a englué le bien dans le mal, l'âme s'est trouvée captive du corps, en proie à la durée, à la mort, à un univers sombre où elle a oublié la lumière. L'homme est projeté dans un monde inachevé, imparfait, hanté par le mal moins moral que matériel. La chair est la part maudite de l'homme, vouée au vieillissement, à la maladie, à la mort, in David LE BRETON, *L'adieu au corps*, Métailié, Suite essais, 2013, pp. 13-14.

⁶⁰⁷ Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, op. cit., p. 3.

⁶⁰⁸ Sylviane Agacinsky expose que Platon se représentait l'homme comme une « plante céleste », un être immortel par son âme, mais mortel par le corps pesant auquel son âme est clouée, collée, et comme agrafée pendant son passage sur cette terre, avant d'en être délivrée par la mort», in Sylviane

pour la connaissance tant que pour la conduite morale⁶⁰⁹, si bien que dans le *Phédon*, il écrit : « je suppose, l'âme raisonne le plus parfaitement quand ne viennent la perturber ni audition, ni vision ni douleur ni plaisir aucun ; quand au contraire elle se concentre le plus possible en elle-même et renvoie poliment promener le corps ; quand, rompant autant qu'elle en est capable toute association comme tout contact avec lui, elle aspire à ce qui est »⁶¹⁰. Aristote pensait aussi que l'âme reste le principe, qu'elle détermine la structure essentielle de la substance corporelle⁶¹¹ dont il faut dompter la tyrannie. Et pendant des siècles, le christianisme a opposé au corps matériel et mortel, une âme supérieure immatérielle et immortelle⁶¹², le corps n'étant que le réceptacle de l'esprit⁶¹³.

René Descartes affiche une conception dualiste⁶¹⁴ du corps et du psychisme, il délie l'intelligence de l'homme de la chair⁶¹⁵, il compare le corps humain à une machine que Dieu aurait rendue « automatique », greffée d'une âme. Ainsi à la distinction corps-âme s'ajoute l'explication de leur union⁶¹⁶. Le cartésianisme est encore à la source de théories qui, de façon plus moderne, traitent d'un dualisme qui n'a jamais été totalement éradiqué, bien au contraire, car il reste au 21^{ème} siècle l'« une des tentations les plus répandues »⁶¹⁷, conduisant à ce que la

AGACINSKY, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Gallimard, Tracts, n°7, 2019, p. 4.

⁶⁰⁹ Monique LABRUNE, « États d'âme. Le corps dans la philosophie de Platon », in Jean Christophe Goddard et Monique Labrune, *Le corps*, Vrin, 1992, 220 p.

⁶¹⁰ V. André PERRIN, « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques*, n°53, 1992, p. 8-9.

⁶¹¹ Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, op. cit., p. 16. L'âme a une « force qui donne à l'organisme sa vie, et qui n'a d'existence qu'avec le corps », v. « corps humain », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 289.

⁶¹² Victor Hugo écrit : « Du jour où le christianisme a dit à l'homme : Tu es double, tu es composé de deux êtres (...) l'un charnel, l'autre éthéré, (...) le drame a été créé », in Victor HUGO, *Cromwell*, cité par Sylviane AGACINSKY, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Gallimard, Tracts, n°7, 2019, p. 4.

⁶¹³ V. Aude MIRKOVIC, *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino, Les carrés, 2013, p. 41.

⁶¹⁴ René Descartes soutient en 1641 que l'esprit est une substance immatérielle. Il est le premier à assimiler l'esprit à la conscience, et à le distinguer clairement du cerveau, en tant que simple support de l'intelligence. Il reprend ainsi en partie l'ascèse platonicienne selon laquelle le corps trouble l'âme : « je fermerai maintenant les yeux, je boucherai mes oreilles, je détournerai tous mes sens, j'effacerai même de ma pensée toutes les images des choses corporelles ou du moins, parce qu'à peine cela peut-il se faire, je les réputerai comme vaines et comme fausses ; et ainsi, m'entretenant seulement moi-même, et considérant mon intérieur, je tâcherai de me rendre peu à peu plus connu et familier à moi-même. Je suis une chose qui pense », in René DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, GF, 1992, p. 97.

⁶¹⁵ « Je ne suis point cet assemblage de membres que l'on appelle le corps humain » dit-il, dans ses *Méditations Métaphysiques*.

⁶¹⁶ Cf. René DESCARTES, *Traité de l'homme* (1648), Flammarion, GF, 2018, 544 p.

⁶¹⁷ Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, op. cit., p. 19.

« volonté » prenne la place que l'âme occupait jadis⁶¹⁸, avec l'idée que le corps cloue l'individu au réel, et aussi cette différence que le corps n'est plus un obstacle à la vertu, mais plutôt une entrave à la liberté, parce qu'il est cause de contraintes et annonce notre fin. On notera que la psychanalyse - ou du moins certains de ses auteurs - demeure, à sa manière, dans cette tradition. Les maladies des patients sont souvent les symptômes de quelque chose qui trouve sa source dans l'inconscient. Lorsque « ça tourne mal » dans notre corps, nous sommes invités à nous raconter. Freud qui écoutait les hystériques se plaindre de leur corps souffrant, a découvert l'inconscient à l'œuvre et a pris la mesure de la puissance du somatique.

Ainsi existe-t-il une solide tradition pour penser la supériorité de l'esprit sur le corps et on comprend mieux dès lors pourquoi le corps a eu le statut juridique d'accessoire jusqu'à la loi du 29 juillet 1994. Il y a véritablement subordination du corps à la volonté de la personne. Il suit la volonté. Ce principe est au cœur de la responsabilité pénale. Il y a faute pénale lorsque le corps agit, mais ce qui importe c'est de connaître l'*intention* de la personne. Cette idée se retrouve en droit des obligations ou en droit des personnes. Et Jean Carbonnier ne pouvait en son temps que constater froidement que « le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le Code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit »⁶¹⁹. Sauf exceptions législatives, la volonté, l'autonomie, la capacité de discernement et l'intention sont d'ailleurs toujours les éléments premiers que le juge examine. Dans les textes juridiques, pendant longtemps, le corps vivant, animé, pensant, sentant, agissant, est resté en filigrane, dissimulé par le *masque* de la personne juridique⁶²⁰. L'individu était représenté sur la scène du droit par

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ Longtemps, le Code civil de 1804 n'a pas parlé du corps, parce que le corps *était* la personne, ce que soulignait Carbonnier dans un article fameux, *in* Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle, LGDJ, 1950, t. 1, pp. 325-345, reprod. *in* *Écrits*, Jean CARBONNIER, PUF, 2008, p. 208.

⁶²⁰ Xavier Bioy cite Olivier Cayla en ces termes : « Au corps palpable (...) de l'individu, qui en est la constitution physique, fait pendant sa personne impalpable - sauf quand l'efficacité du droit rend ses arêtes parfaitement tangibles à l'esprit - qui en est la constitution sociale. (...) Rôle, masque, artifice, mise en scène, fiction : tout ce vocabulaire, théâtral et hobbesien en diable, est l'abécédaire de la théorie nominaliste de la persona, cœur de ce moderne oubli de l'être ou de la nature, que, sans pour autant se réclamer de Heidegger, tout juriste sait être constamment menacé par le danger d'être lui-même oublié », *in* Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 343.

un concept à l'étymologie⁶²¹ éloquente, la *persona*. Encore aujourd'hui, les corps des magistrats sont cachés par l'ampleur de leur robe, et la personne qui s'allonge sur un divan tourne le dos à l'analyste. À la démesure des événements qui se dénouent lors des procès ou des consultations, correspondent des corps dissimulés par des vêtements solennels et flottants ou placés en position cachée, quand l'analyste se dérobe à la vue de l'analysant.

Cette théorie du corps accessoire conduit à une conception particulière de l'identité.

B. L'identité comme un jugement de valeur

Si l'esprit prime sur le corps, l'identité de la personne ne dépendra pas de caractéristiques physiques objectives. La personne sera bonne ou mauvaise, admirable, courageuse, généreuse, ennuyeuse, élégante, intéressante, passionnante, etc. Ce faisant, l'identité se constitue par l'attribution de valeurs. La singularité de la personne et la possibilité de la distinguer des autres dépendra de ses qualités d'esprit. On ne la reconnaît pas par la couleur de sa peau, de ses yeux, de ses cheveux, sa taille ou son poids.

Les noms des personnes ont gardé une trace de cette manière de les identifier à travers leurs œuvres, leurs travaux ou leurs dignités. Ainsi dit-on « un Rubens », le théorème de Pythagore, Jacques l'éventreur, M. le Maudit. Bien des noms ont donc du sens. Alors que le nom est aujourd'hui issu d'une généalogie, la reconnaissance d'une valeur particulière, personnelle, permet à une personne de s'émanciper de sa filiation. Elle n'est plus Clark Kent mais Superman. Et il est assez amusant de constater que la plupart des super-héros (Batman, Iron Man, Spiderman, Captain America), ou encore de nombreux acteurs, ont un nom de scène à côté de leur nom originaire à l'état civil. Ainsi, Sylvette Henry est Miou-Miou, Claude Moine est Eddy Mitchell, Johnny Hallyday est Jean-Philippe Smet, Juan Moreno y Herrera-Jiménez est Jean Reno ...

⁶²¹ Le terme de personne issu du mot latin *persona* qui signifie masque de théâtre, a initialement pris le sens de « rôle attribué à un masque », c'est-à-dire « type de personnage », ou, en dehors du théâtre, le sens plus général d'individu, in Alain REY, *Dictionnaire Historique de la Langue Française. L'Origine et l'Histoire des mots racontés par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, T. 2 M-Z, p. 1685.

Dans une telle configuration, l'identité dépend des qualités d'une personne, de ses aptitudes, de sa condition sociale ou encore de la position qu'elle occupe en tant que dignitaire. L'identité n'est pas descriptive, elle est prescriptive. Elle assigne une place consécutive un jugement de valeur, plus ou moins subjectif. La question est de savoir ce qui crée une différence entre elle et les autres. L'évaluation préalable à la décision d'attribuer un nom peut se baser sur la renommée, l'utilité, le mérite.

On peut considérer que la *renommée* conduit à la fabrication d'un autre nom comme l'indique le mot lui-même. La célébrité légitimerait soit un changement de nom, soit la possibilité de porter une double identité. Cette opération de requalification peut poser des questions juridiques et psychanalytiques. Elle heurte l'égalité entre les personnes car seules les personnes célèbres peuvent user d'un autre nom. Par ailleurs, la stabilité de l'identité juridique est aussi ébranlée puisqu'elle devient variable. Cette variabilité peut dire beaucoup de l'état psychique d'une personne car nous savons depuis les travaux de Lacan, que l'une des caractéristiques du névrosé est que « son nom propre l'importune »⁶²². Il veut effacer toute trace de son histoire et « se faire un nom » pour affirmer sa singularité. Lacan explique très bien comment plus le moi est fort, plus le névrosé cherche à échapper à son nom⁶²³.

On peut aussi identifier les personnes au regard de leur *utilité* dans l'existence. Une longue tradition a conduit à attribuer un nom de métier aux individus, ce sont les aptonymes. Ainsi peut-on rencontrer monsieur ou madame Boulanger, Boucher, Meunier, Couturier, Aumônier, Dujardin, Dufumier, Faucillon, Grossetête, Lavigneur, ou encore Pasteur⁶²⁴. Au moment où se fixent certains de ces noms, l'ouvrier ou le salarié libres juridiquement n'existaient pas. On faisait partie d'une communauté ou d'un compagnonnage et l'idée de donner un nom en lien avec la profession était dominante. Ce lien entre le nom et la profession était d'autant plus important lorsque ces personnes étaient soumises à la taille, l'impôt direct prévu sous l'Ancien

⁶²² Cf. Jacques LACAN, « Subversion du sujet et dialectique du désir », in *Écrits*, Seuil 1966, p. 826.

⁶²³ Cf. Jacques LACAN, *ibid.* ; voir aussi l'article de Luis IZCOVITCH, « Du sans nom à l'identité de fin », in *L'en-jeu lacanien*, 2016, n°26, pp.79-91.

⁶²⁴ Pour une approche historique des noms patronymiques issus d'un métier, voir l'article de Guillemette de BEAUVILLE, « Les noms de famille de France, tirés des noms de métiers, de charges et de dignités », in *Revue internationale d'onomastique*, 1953, pp. 45-59.

régime et quand les contributions figuraient sur un livre sur lequel était indiqué le nom/la profession et le montant versé.

Le processus d'identification peut se faire aussi au regard du mérite. Là encore, l'identification se fait sur la base d'une réputation et non d'un élément physique. Il s'agit de trouver le juste nom ; le prénom Juste ou le nom Saint Juste sont des exemples remarquables. On trouve aussi des Bon, Lebon, Le Sage, Leblanc, Ledoux, Loyal ou encore Legal. Le nom est le mot juste qui traduit fidèlement la réalité.

Quel que soit le critère qui permet d'attribuer un nom, l'opération repose sur un jugement de valeur. En donnant une identité, on exprime une émotion, un goût, une préférence ou une qualité. Ces jugements ne sont ni vrais, ni faux. Ils ont un caractère ultime et ne sont soumis à aucune preuve factuelle. Ils sont alors analysables comme de véritables actes mentaux, qui engagent directement l'inconscient d'une personne. Ils résultent autant des désirs, des pulsions que de la volonté. L'identité devient émotionnelle. Elle n'a pas de forme car le corps est absent. Elle n'a pas de stabilité car la valeur n'est pas intrinsèque. Et cette absence de toute forme concrète de l'identité permet d'imposer des classements très subjectifs. On peut en effet comparer et établir sur la base d'une échelle des valeurs, une catégorisation des populations, selon leur plus ou moins grande utilité, leur dignité ou leur renommée.

L'identification d'une personne à partir de ses qualités est d'autant plus perverse que les mots n'ont pas de sens fixe. Si on prend le mot « juste », on s'aperçoit très vite que sa signification est variable. Il peut désigner soit une vertu, la justice, soit une vérité (les résultats sont justes). Il indique ce qui est conforme à la justice, mais aussi ce qui est objectivement exact. On se souvient de la série de malentendus dans le film « Le dîner de cons », lorsque Pierre Brochant demande à François Pignon de téléphoner à un certain Juste Le Blanc. Il s'ensuit un dialogue absurde :

PIERRE BROCHANT : Il s'appelle Juste Leblanc.

FRANÇOIS PIGNON : Ah bon, il n'a pas de prénom ?

PIERRE BROCHANT : Je viens de vous le dire : Juste Leblanc.

FRANÇOIS PIGNON : ...

PIERRE BROCHANT : Leblanc, c'est son nom, et c'est Juste, son prénom.

FRANÇOIS PIGNON : ...

PIERRE BROCHANT : Monsieur Pignon, votre prénom à vous, c'est François, c'est juste ?

FRANÇOIS PIGNON : Oui...

PIERRE BROCHANT : Eh bien lui, c'est pareil, c'est Juste.

FRANÇOIS PIGNON : ...

Ainsi, le nom à lui seul, sans description physique ne saurait être tenu comme un élément d'identification. Il en constitue même le versant opposé. La condamnation du corps conduit à des situations dénuées de sens. Les psychanalystes connaissent souvent cette situation où le corps est rejeté par le patient. Cette plainte, relativement fréquente à l'adolescence, est plus préoccupante lorsqu'elle prend la forme d'un cri de haine contre son corps l'âge adulte. Et bien souvent le cœur du problème se situe dans les ratés du processus d'identification inconsciente de la personne, au moment où le jeune enfant se développe à travers son identification à sa mère⁶²⁵. Sans trop rentrer dans le détail, il est essentiel de comprendre ce qui pousse une personne à cacher son corps et à échapper à toute identification.

On comprend mieux dès lors la fermeté du juge et du législateur lorsque sur l'espace public, le corps est dissimulé. Dès 2008, le Conseil d'État a confirmé le refus d'accorder la nationalité française à une Marocaine qui portait la burqa au motif qu'elle avait adopté « *une pratique radicale de la religion incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française, et notamment avec le principe de l'égalité des sexes* »⁶²⁶. En réaction au port du niqab ou de la burqa, le législateur, en 2010, est venu interdire toute dissimulation du visage dans l'espace public. Sans revenir sur les controverses suscitées par ce texte⁶²⁷, il apparaît que la loi consacre l'idée que l'espace public est le lieu où les personnes sont visibles, elle impose une « obligation minimum de pouvoir être dévisagé » et reconnu⁶²⁸, même si la liberté et notamment la liberté religieuse pourraient exiger le contraire. Le corps n'est donc pas un accessoire que l'on peut éternellement cacher. La personne est son corps.

⁶²⁵ Cf. Alessandra LEMMA, « Être vu, être regardé ? Une perspective psychanalytique sur la dysmorphophobie », in *L'année psychanalytique internationale*, 2010, p. 129.

⁶²⁶ Conseil d'État, 27 juin 2008, n° req 286798.

⁶²⁷ Cf. la critique du texte par Jean-Philippe FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387.

⁶²⁸ Cf. l'article de François DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? in *JCP A*, n°48, 29 novembre 2355.

II. La primauté du corps sur l'esprit : une identité positive imparfaite

À l'oubli du corps, on peut opposer l'oubli de l'esprit pour identifier une personne. Dans cette perspective inverse, le corps est la donnée constitutive première de l'identité humaine⁶²⁹. C'est dans son corps, par son corps, à travers son corps, que chacun naît, vit et meurt. Il est impossible de le mettre à distance. C'est par lui que nous nous incarnons pour nous inscrire dans le monde et rencontrer autrui. Le corps est dès lors essentialisé (A) ce qui conduit à une approche positive de l'identité (B).

A. Le corps essentialisé

Le culte du corps est ancien⁶³⁰. Si le corps a été malmené par les philosophes, les historiens du corps rappellent qu'il est depuis des siècles à la fois un objet d'idolâtrie et un prisme de lecture de notre société. Nietzsche a été le premier auteur à opérer une rupture, en reconnaissant au corps la puissance d'un maître dont l'esprit n'est que l'instrument, enraciné dans le corps qui reste le fondement de la subjectivité⁶³¹. Il porte une réflexion aiguë sur le corps en tant que la rationalité ne l'épuise pas, il affirme que « l'étude du corps fournit une conception d'une complexité indicible »⁶³², au point de pouvoir affirmer que « le corps est une Grande Raison, une multitude unanime, un état de paix ou de guerre, un troupeau et son berger. Cette petite maison que tu appelles ton esprit, ô mon frère, n'est qu'un instrument de ton corps, et un bien petit instrument, un jouet de ta Grande Raison. Tu dis « moi », tu es fier de ce mot. Mais il y a quelque chose de plus grand à quoi tu refuses de croire, c'est ton corps, et sa Grande Raison (...). Il y a plus de raison dans ton corps que dans l'essence même de ta sagesse »⁶³³. Nietzsche

⁶²⁹ Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil, « Des travaux », 1993, 252 p.

⁶³⁰ Cf. l'ouvrage passionnant en trois tomes dirigés par Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE, Georges VIGARELLO, *Histoires du corps : De la renaissance aux lumières*, 2016, Points, 624 p ; *De la Révolution à la grande guerre*, 2011, Points, 480 p., *Les mutations du regard, le XXème siècle*, Points, 2015, 576 p.

⁶³¹ Pierre AUREGAN, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Ellipses, coll. Culture et histoire, 1998, p. 58.

⁶³² Friedrich NIETZSCHE, *Fragments posthumes, 1885*, Gallimard, tome IX, 1988, p. 163.

⁶³³ Friedrich NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Le livre de Poche, Les Classiques de Poche, 1972, p. 72.

minimise le cogito, la conscience est érodée de l'intérieur, elle est mineure, sans autonomie, elle ne fait que décoder les messages du corps en les convertissant en langage.

On sait que la pensée nietzschéenne a fortement influencé la psychanalyse. Freud prend très vite conscience, à travers l'étude des hystériques, de la spécificité du corps plaisir. Il découvre un autre corps que les médecins, un corps plus « scandaleux », un corps angoissé, érogène, source de pulsions. Le corps n'est plus un objet qui se découpe en organes différents. Il devient véritablement sujet. Le corps est partout, à travers les symptômes qu'il manifeste, il est toujours là, à nous rappeler son existence : il jouit, il transpire, il tremble, il maigrit, il souffre, il se crispe ou se relâche, il grossit, il est constipé et retient, ou au contraire il vomit et chie⁶³⁴. Aujourd'hui, les progrès des neurosciences vont encore plus loin en expliquant que le corps est toujours là, à agir en sous-main, à déterminer l'esprit à son insu, à organiser le fonctionnement physiologique, biologique et mental, tel un impressionnant « laboratoire de chimie »⁶³⁵. Il n'y a pas d'esprit sans activité cérébrale. Et s'il faut se garder de l'illusion scientifique qui réduirait le corps à une mécanique en faisant disparaître au passage l'inconscient⁶³⁶, il est certain que le corps devient premier.

Cette primauté est d'autant plus importante que le corps a gagné la bataille de l'image⁶³⁷. Le spectacle des corps est partout. On le retrouve au stade, devant nos écrans les plus divers, à la plage, dans la rue sur des affiches et des panneaux publicitaires lumineux, au cinéma ou encore dans nos journaux et nos revues, et sur des myriades de produits de consommation. Nos sociétés de communication n'en finissent plus de promouvoir le corps, qui est désormais compris

⁶³⁴ L'homme peut être regardé « seulement » comme une *machine extraordinaire*, inscrite dans la matière, comme en témoignent ses actions énumérées par Gilles Deleuze et Félix Guattari : « Ça respire, ça chauffe, ça mange. Ça chie, ça baise (...), une machine à manger, une machine anale, une machine à parler, une machine à respirer », in Gilles Deleuze, Félix Guattari, *L'Anti-Œdipe. Capitalisme et schizophrénie*, Les Éditions de Minuit, Critique, 1972, p. 9.

⁶³⁵ *Deus est philosophus per quem* dit Voltaire, in VOLTAIRE, *Pensées, remarques et observations, Œuvres complètes*, Garnier, tome 31, p. 124.

⁶³⁶ John Eccles, Prix Nobel de Médecine, écrit : « Je maintiens que le mystère de l'homme est incroyablement diminué (à tort) par le réductionnisme scientifique et sa prétention matérialiste à rendre compte du monde de l'esprit en termes de simple activité neuronale ». John ECCLES, *Évolution du cerveau et création de la conscience. À la recherche de la vraie nature de l'homme*, Flammarion, Champs, 1993, 368 p.

⁶³⁷ Michela MARZANO, *Dictionnaire du corps, op. cit.*, 1048 p.

comme une modalité privilégiée de fabrication de l'identité, un « reflet de l'être »⁶³⁸. Le flot d'images corporelles qui inonde nos vies quotidiennes aboutit en effet à une construction bricolée de soi, suggérée par des conseillers en communication en tous genres, par nos constructions sociales, culturelles et médicales. Le corps musculaire, sans graisse est modelé, remodelé par un idéal hygiéniste, phallique, dont l'image contraire est le corps obèse, mou, sans puissance. Même si des corps plus réalistes, moins idéalisés, plus fidèles aux êtres réels, commencent à occuper le devant de la scène médiatique.

Sur le terrain juridique, la sacralisation du corps a été très progressive. La première traduction juridique de ce concept émerge dans la grande Charte anglaise de 1679, l'*Habeas corpus*, qui inscrit juridiquement le corps aux fondements du droit anglais selon la *formule habeas corpus subjiciendum*, que l'on pourrait traduire par « tu présenteras ton corps à la Cour », c'est-à-dire, « tu te présenteras en chair et en os ».

Il faut toutefois attendre la moitié du 20^{ème} siècle pour le corps fasse véritablement l'objet d'une protection. Avec les images hallucinantes de corps massacrés⁶³⁹, de corps rachitiques, malades, tondu, numérotés à même la peau, brisés par le froid, l'épuisement et la faim, véritables laboratoires vivants de la barbarie, sauvagement entassés dans les fosses communes des camps d'extermination, ou encore les images d'enfants transformés en bombes⁶⁴⁰, les personnes humaines ne peuvent plus être appréhendées comme de purs esprits. Elles sont leur corps. Le droit à la vie est rappelé dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 et il est

⁶³⁸ Christine Détrez explique que la corrélation entre les caractéristiques physiques et les caractères moraux est un vrai « *topos* » littéraire. L'association entre les visages et les corps d'une part, et la personnalité d'autre part, est constante. Depuis l'antiquité, la physiognomie, ou le fait que le corps permette une véritable « lecture de l'individu » a imprégné la pensée commune mais aussi la science. Et derrière l'imposition d'une certaine manière de voir, se sont manifestés des enjeux de pouvoir, *in* Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, *op. cit.*, pp. 15-16.

⁶³⁹ Christian Ingrao raconte : « Au dixième véhicule, écrit ainsi un policier viennois à sa femme, le 5 octobre 1941, deux jours après la liquidation du ghetto de Moghilev en Biélorussie, je visais calmement et tirais de façon sûre sur les femmes, les enfants et les nourrissons. (...) Les nourrissons volaient dans le ciel en grands arcs de cercle et nous les abattions au vol, avant qu'ils ne tombent dans la fosse et l'eau », *in* Christian INGRAO, « Violence de guerre. Violence génocide. Les pratiques d'agressions des Einsatzgruppen », *in* Stéphane Audoin-Rouzeau, Annette Becker, Christian Ingrao et Henry Rousso, *La violence de guerre, 1914-1945. Approches comparées des deux conflits mondiaux*, Complexe, Histoire du temps présent, 2002, p. 231.

⁶⁴⁰ Sur cette transformation, v. l'ouvrage dirigé par Michel GAD WOLKOWICZ, *Les figures de la cruauté, entre civilisation et barbarie*, IN Press, 2016, 647 p.

juridicisé dans le Pacte international des droits civils et politiques, en 1966, à l'article 6. Cette étape est importante car la vie irrigue le corps qui la porte, il apparaît être en amont de la conscience.

Le droit civil reconnaît l'existence de la personne humaine, en tant que sujet de droit, à travers son corps en état « normal » de fonctionnement, dès le premier instant de sa naissance, à condition qu'il soit physiologiquement apte à y survivre⁶⁴¹. C'est le principe de vie⁶⁴² et de viabilité, qui, même s'il peut n'être que ponctuel, est absolument décisif⁶⁴³. L'enfant vivant *in utero* doit venir au monde physiologiquement autonome pour être reconnu comme personne⁶⁴⁴, en attendant il n'est que « l'objet d'un devoir de respect »⁶⁴⁵. Accéder à la vie en tant que

⁶⁴¹ L'art. 79-1 C. civ. précise que : « Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. L'art. 318 C. civ. ajoute qu'« Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable ». Et enfin l'art. 725 al. 1 C. civ : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ».

⁶⁴² Le corps est une « machine » fantastique extraordinairement vivante : il naît et se reproduit grâce à la ponte de cinq cents ovules sur le million inhérent au patrimoine génétique d'une femme, éventuellement fertilisés par quelques centimètres cubes de sperme produit par l'homme, lors de chacune des approximativement six mille relations sexuelles au cours de sa vie. Pas moins de cinq cents litres de sang sont vaillamment pompés par le cœur chaque minute, pour animer le corps qui fabrique son énergie vitale en inspirant près de quinze millions de litres d'oxygène et dont l'impressionnant travail métabolique au cours de l'existence force l'admiration. Un européen moyen digérerait chaque jour environ un kilo et demi de nourriture, ce qui correspondrait au fil d'une vie à quatre bœufs, vingt porcs, huit moutons, quatre cents poulets, deux cent cinquante kilos de poisson, trois tonnes de pain, six cents kilos de matière grasse, et environ cinquante mille litres de boissons variées. Véritable usine à sucs gastriques et pancréatiques, salive, sécrétions biliaires et intestinales, urine et matières fécales, le corps n'en finit pas d'émerveiller par l'ingéniosité de sa chimie et de sa biologie. Chacune de ses parties est en elle-même une merveille, un mystère. Il n'est qu'à étudier la beauté d'un œil ou d'une oreille pour appréhender l'incroyable complexité de cette matière vivante, cette matière qui est « nous ». Le corps nous maintient en vie, sans que nous en ayons conscience, en une minute, il accomplit une foule de petits miracles dont nous dépendons : notre cœur bat environ 70 fois pour faire circuler le sang dans les 96 000 km de notre circuit sanguin ; dans notre moelle osseuse naissent 150 millions de globules rouges. Telle est l'œuvre de la Nature, fabuleusement complexe, incroyablement diversifiée.

⁶⁴³ Un principe qui interdit toute possibilité de qualification d'infraction d'homicide, volontaire ou involontaire, sur l'enfant pas encore né : *Ass. Plén., 29 juin 2001*, Bull. civ., n°8 ; Dalloz 2001, Chron. 2907, note Pradel et 2917, note Mayaud ; JCP 2001, II, 10569, note Rassat ; Petites Affiches, 2001, n°130 ; Dr. Pénal, Chron. 34, obs. Demont. V. aussi *Cass. Crim. 2 déc. 2003*, n° 03-82.344, Dalloz 2004, 449, note Pradel ; AJ Pénal, 2004, 118 obs. A. Pitoun ; RSC 2004, 348 obs. Y. Mayaud.

⁶⁴⁴ Quand l'être humain naît, le droit l'investit en tant que processus générateur de normes, l'enfant devient sujet et s'insère à la fois dans le monde physique, le *cosmos*, et dans le *nomos*, un univers normatif où il « rencontre l'autre et où il apprendra à se mouvoir, à être », in Françoise MICHAUT, « Le processus générateur de normes chez Robert Cover et son utilisation par Frank I. Michelman : de la description à la fiction », *Raisons politiques* 2007/3, n° 27, p. 60.

⁶⁴⁵ Jean-René BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, Lextenso, 2017, p. 114.

personne, naître en droit, c'est recevoir la personnalité juridique. La naissance d'un être humain constitue le point de départ de l'attribution de ce graal, s'il naît vivant et viable⁶⁴⁶, des qualités qui se réfèrent expressément au corps : il doit avoir respiré seul et posséder tous les organes nécessaires et essentiels à sa propre survie. Ainsi l'enfant mort-né, c'est-à-dire celui qui était déjà mort dans le ventre de sa mère, ou qui est mort pendant l'accouchement et n'a pas vécu un seul instant d'une vie propre, n'a pas de personnalité juridique, il est censé n'en avoir jamais eue⁶⁴⁷, il n'a selon le droit, jamais existé comme personne humaine. Sans corps vivant autonome, il n'y a pas de personne, la mort étant, selon la loi le terme de la vie⁶⁴⁸, c'est-à-dire simultanément une absence d'activité physique et psychique⁶⁴⁹.

À partir de ce droit à la vie, s'est élaborée une essentialisation du corps. Une partie de la doctrine explique que si la personne est « incarnée dans toutes les secondes de sa vie, du premier cri au dernier souffle »⁶⁵⁰, elle est « attachée » à son corps physique. Un corps qui est avec elle, jamais devant elle⁶⁵¹, un corps qui est, selon Jean Carbonnier, son *substratum* : « parce qu'il est la

⁶⁴⁶ L'art. 318 C. civil dispose qu'« Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable » ; l'art. 725 al.1 C. civil indique que « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable » ; l'art. 906 al. 3 C. civil précise que « Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ».

⁶⁴⁷ Si le principe de l'*infans conceptus* avait été mis en œuvre pendant la gestation pour prendre en compte ses intérêts, et que l'enfant est mort-né, ce principe est rétroactivement anéanti.

⁶⁴⁸ Un terme qui marque la fin de la personnalité et entraîne des effets juridiques essentiels, et qui laisse subsister la protection posthume du défunt, mais dont la constatation et la date précise, selon les critères de la médecine, posent aujourd'hui de délicats problèmes, en raison des techniques de réanimation et de survie prolongée, in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.* p. 298.

⁶⁴⁹ Art. R1232-1 CSP. : « Si la personne humaine présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3° Absence totale de ventilation spontanée ». L'art. R1232-2 CSP précise que : « Si la personne, dont le décès est constaté cliniquement, est assistée par ventilation mécanique et conserve une fonction hémodynamique, l'absence de ventilation spontanée est vérifiée par une épreuve d'hypercapnie. De plus, en complément des trois critères cliniques mentionnés à l'article R1232-1, il est recouru pour attester du caractère irréversible de la destruction encéphalique : 1° Soit à deux électroencéphalogrammes nuls et aréactifs effectués à un intervalle minimal de quatre heures, réalisés avec amplification maximale sur une durée d'enregistrement de trente minutes et dont le résultat est immédiatement consigné par le médecin qui en fait l'interprétation ; 2° Soit à une angiographie objectivant l'arrêt de la circulation encéphalique et dont le résultat est immédiatement consigné par le radiologue qui en fait l'interprétation.

⁶⁵⁰ Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, Seuil, Points, Essais, 2002, p. 17.

⁶⁵¹ Et « contrairement aux objets, il est rivé à sa perspective : il ne peut être vu d'un autre angle que celui sous lequel je le vois - autant que je peux le voir - effectivement », in Miklos VETÖ, « L'eidétique de l'espace chez Merleau-Ponty, *Archives de philosophie*, 2008/3, tome 71, pp. 407-438.

personne elle-même, le corps échappe au monde des objets, au droit des choses, même vivantes. Il a, en quelque manière, un caractère sacré »⁶⁵². Le corps comme *substratum* de la personne signifie qu'il en est la substance, la condition primordiale et *sine qua non* d'existence. L'idée de *substratum* exprime non pas la distinction ou même la complémentarité, mais ce qui sert de soubassements, de fondation⁶⁵³.

Il a fallu attendre 1994 pour que le Code civil traduise cette transformation des êtres de papier en êtres de chair⁶⁵⁴. En 1991, Catherine Labrusse-Riou estimait que « le droit civil ne connaît pas la nature du rapport de droit que l'individu entretient avec son corps »⁶⁵⁵, et que « le rapport de la personne juridique abstraite avec son moi charnel reste à inventer »⁶⁵⁶. La loi du 29 juillet 1994⁶⁵⁷ associe la personne à son corps⁶⁵⁸ et désormais l'article 16-1 du Code civil énonce clairement que « chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ». À ce titre, la « révolution corporelle »⁶⁵⁹ a lieu. Alors qu'en 1804 le législateur était resté silencieux sur la protection du corps, voici désormais qu'il le sacralise. Il le protège même au-delà de la mort⁶⁶⁰. En considérant que le corps est « inviolable », le législateur retient un mot qui non

⁶⁵² Jean CARBONNIER, *Droit civil, – 1. Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadriges manuels, 2004, p. 20.

⁶⁵³ La personne humaine est « la personne physique considérée en sa totalité physique et psychique (corps et esprit), entité magnifiée en tant qu'elle est porteuse de toutes les valeurs prééminentes à l'espèce humaine », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 512.

⁶⁵⁴ Sous le livre 1^{er} du Code civil, concernant les personnes, et le titre 1^{er} consacré aux droits civils, tout le chapitre 2 dédié au respect du corps humain - soit les articles 16 et suivants, jusqu'à l'article 16-9 - pose les bases d'une protection générale, qui dépasse le corps vivant et va au-delà de la dichotomie affirmée entre chose et personne.

⁶⁵⁵ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », in *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 94.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ Les articles du Code civil créés par la Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 sont notamment les art. 16 : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie », et l'art. 16-1 : Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

⁶⁵⁸ Marcella Iacub affirme même que le corps deviendrait un « sujet » presque autonome, in MARCELLA IACUB, *De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins : bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut pour le corps humain*, rapport M.I.R.E. 1994/1995.

⁶⁵⁹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Corpus iuris, jus naturalisme et réinvention du corps par le droit », in Dominique Memmi, Dominique Guillo et Olivier Martin (dir.), *La tentation du corps – corporéité et sciences sociales*, EHESS, 2009, pp. 199 et 201.

⁶⁶⁰ Depuis la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 : art. 16-1-1 C. civ. : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ; art. 16-2 :

seulement le sanctuarise et interdit toute violence, mais dont la connotation sexuelle rappelle la menace inconsciente sur le corps. Le sens du mot « viol » à la racine du terme « inviolable », se dédouble car il désigne autant l'action d'enfreindre la loi par la force, que le fait de jouir d'une personne non consentante, de commettre ou de subir une intrusion traumatique. Et selon la psychanalyse, l'atteinte au corps est « une effraction et une brisure de soi »⁶⁶¹ qui perturbe profondément le développement de l'identité de la personne. C'est un traumatisme psychique car la personne est « percée » conformément à l'étymologie du mot « trauma »⁶⁶².

Cette essentialisation du corps consacrée par le législateur s'inscrit dans un double mouvement. Tout d'abord, elle résulte de la transformation du corps en lieu de savoir et de pouvoir. La loi de 1994⁶⁶³ répondait en effet à une préoccupation prégnante, issue des progrès de la science, et particulièrement des travaux de bioéthique, celle de protéger le corps des fantasmes médicaux pragmatiques face au corps objectivé. Depuis 2004, l'article 16-3 du Code civil précise que seul le corps médical peut déroger au principe de l'intégrité du corps humain⁶⁶⁴. Mais surtout, l'article 16-4⁶⁶⁵ du Code civil veut établir un rempart contre « le spectre de l'eugénisme qui semble hanter l'éthique médicale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale »⁶⁶⁶. Au moment

« Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ».

⁶⁶¹ Michèle GENNART, « Effraction sexuelle et brisure de soi », in *Psychothérapies*, 2011, pp. 271-284.

⁶⁶² Cf. Michèle Bompard-Porte qui rappelle que le mot trauma trouve sa racine dans le mot grec *tritrusko*, qui signifie trouser ou percer, in Michèle BOMPARD-PORTE *Les traumatismes psychiques*, L'Harmattan, 2003, p. 280.

⁶⁶³ Sous le livre 1^{er} du Code civil, concernant les personnes, et le titre 1^{er} consacré aux droits civils, tout le chapitre 2 dédié au respect du corps humain - soit les articles 16 et suivants, jusqu'à l'article 16-9 - pose les bases d'une protection générale, qui dépasse le corps vivant et va au-delà de la dichotomie affirmée entre chose et personne.

⁶⁶⁴ Art. 16-3 C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁶⁶⁵ Art 16-4 C. civ. : « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de la descendance de la personne ».

⁶⁶⁶ François ROUSSEL, « Le fantasme de l'eugénisme » in Marcela Iacub et Pierre Jouannet (dir.), *Juger la vie*, La découverte, Cahiers libres, 2001, p. 35.

où se diffusent dans le débat public, les questions de bioéthiques qui renvoient à la fécondation *in vitro*, au diagnostic anténatal et au tri préimplantatoire des embryons humains, à la thérapie génique ou plus récemment à « l'homme augmenté »⁶⁶⁷, le législateur tente de poser des limites et de faire du corps un lieu protégé. Cet objectif devient un leitmotiv stratégique, une sorte de contrepartie un peu désespérée en réponse aux menaces plus ou moins délirantes qui planent sur le corps.

B. Une conception objective de l'identité.

Si le corps est premier, il nous identifie. Notre visage, notre taille, notre couleur de peau, notre âge, nos empreintes digitales ou encore notre code génétique sont les éléments objectifs de notre identité. Il ne sert à rien de savoir ce que nous pensons ou voulons. Avec notre corps, nous sommes ce « quelqu'un » que les anglais traduisent par les mots *somebody*, ou *anybody*, qui, en nommant le corps, désignent des personnes existantes. Dans l'ouvrage *Our bodies, Ourselves*, paru en 1970, des féministes bostoniennes disaient elles aussi : « nos corps, nous-mêmes »⁶⁶⁸.

La manière de penser l'identité de la personne est donc consubstantiellement liée au statut du corps dans notre société. Notre sentiment d'identité, à la fois conscient et inconscient, nous l'éprouvons tous à travers un ensemble de sensations corporelles qui nous rappellent constamment que « nous sommes nous ». Notre corps ressent et « pense », il a une « mémoire », par exemple en ce qu'il est le siège de nombreux phénomènes psychosomatiques⁶⁶⁹, il n'est qu'à évoquer, entre autres, celui de la douleur du membre fantôme, nommé par la science médicale « hallucinose », selon lequel une douleur dite « exquise », aggravée par l'anxiété, correspond à la sensation d'un membre, ou même d'un organe amputé ou manquant comme s'il

⁶⁶⁷ Édouard KLEINPETER, *L'humain augmenté*, CNRS, Les essentiels d'Hermès, 2013, 224 p. Dans cet ouvrage, Édouard Kleinpeter évoque « le dernier avatar de l'utopie technique », celui d'un être humain dont la longévité croît sans cesse, tout comme son intelligence et ses capacités, il n'est que « propriétés » motrices, cognitives, intellectuelles, liées à des interactions avec les technologies biologiques et électroniques.

⁶⁶⁸ Cf. Sylviane AGACINSKY, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Gallimard, Tracts, n°7, 2019, p. 13.

⁶⁶⁹ Ce qui est dit « psychosomatique » qualifie l'unité ou l'interaction du psychisme et du corps.

était toujours présent, relié au corps, interagissant avec lui⁶⁷⁰. Des exemples de privation sensorielle ont montré que les sensations les plus ordinaires sont indispensables, et que le sentiment très banal d'exister repose notamment sur les stimulations que les organes des sens envoient au cerveau pour permettre la conscience. Et plus encore, bien qu'il semble inimaginable d'oublier son corps alors qu'il existe toujours, certains phénomènes psychiatriques et neurologiques amènent des personnes à croire qu'elles n'ont plus de corps et à ne plus s'en préoccuper, ou même à se figurer que leur corps appartient à quelqu'un d'autre, bouleversant profondément toutes leurs références identitaires précédemment acquises.

Cette conception objective de l'identité n'est pas sans risque. Elle peut conduire à des dérives raciales et à une réification de l'identité.

Si le corps nous identifie, il peut être tentant d'examiner des traits anatomiques pour en déduire des comportements. Le médecin Cesare Lombroso avait dressé à la fin du 19^{ème} siècle le portrait-robot du criminel-né⁶⁷¹. Le principe était simple : la laideur morale se déduit de la laideur physique. Comme l'explique clairement Marc Renneville, chacun des types de criminel est reconnaissable à des traits distinctifs visibles : « Le vagabond possède une physionomie souvent malicieuse, fine et même assez intelligente, mais presque toujours, à la fois, sardonique,

⁶⁷⁰ La première description du membre fantôme et de la douleur qu'il fait ressentir de ce membre est entreprise en 1545 par le chirurgien Ambroise Paré. Presque immédiatement après la perte d'un membre, 90 à 98 % des patients éprouvent la sensation de posséder un membre fantôme. Ce sentiment est d'autant plus fort si la perte est liée à un traumatisme fort ou s'il existait une douleur pré-amputatoire. Ce phénomène peut exister de manière éphémère lors d'actes réflexes liés à un environnement qui soumettent le corps à un geste qui était habituel avant l'amputation, avec une conscience qui peut en être affaiblie (cela correspondrait lors d'un quasi-sommeil par exemple, au fait de se lever et de poser par terre un pied inexistant), ou lors d'une conscience de danger exceptionnel (tenter de s'agripper à un support pour contrebalancer un déséquilibre, avec une main amputée). Les fantômes sont moins courants chez les jeunes enfants du fait que le schéma corporel n'est pas encore complètement intégré. Dans la majeure partie des cas, le fantôme se dissipe avec le temps. Celui qui est nécessaire à la reconstruction de l'image du corps définissant la limite physique de soi dans l'espace. Ces « fantômes » existent, aussi bien après la perte traumatique d'un membre antérieurement non douloureux, qu'après l'amputation d'un membre déjà douloureux, en lien sans doute avec une certaine « mémoire de la douleur ». Le repos et la distraction peuvent atténuer la sévérité des douleurs fantômes, tandis que des chocs émotionnels sont plutôt susceptibles de les aggraver, in Jean-François STOFFEL et Laurent MOUTON, « Douleurs fantômes, boîte-miroir et réalité virtuelle : une nouvelle approche pour le kinésithérapeute ? », *Revue des questions scientifiques*, vol. 181, 2010, n° 3, p. 273–304, et n° 4, p. 477–502 ; V. aussi concernant l'illusion des amputés, Maurice MERLEAU-PONTY, *L'union de l'âme et du corps* chez Malebranche, Bira, et Bergson, Vrin, 1997, p. 55.

⁶⁷¹ Cf. Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel* (1876), Felix Alcan, 1887.

fausse, licencieuse, le vagabond est commun, familier, cynique dans ses manières. Le querelleur a une physionomie avineuse, œil dur, provocateur, bouche grimaçante, visage contusionné, meurtri, cheveux mal tenus. L'escroc a le regard faux, caressant, perfide ; si vous le cherchez, il vous évite ; si vous ne le poursuivez pas, il vous observe et vous étudie ; sa physionomie satanique offre, à la fois, quelque chose de souriant, d'affectueux, de prévenant, mais d'emprunté, d'indécis, d'amer, de fatal. Le fanatique arbore une physionomie martiale, regard fier, audacieux », des lèvres mobiles et frémissantes. Il offre, dans les fers l'image du lion resté fier et terrible dans les entraves d'une ménagerie. Le voleur est facile à reconnaître : regard furtif, inquisiteur, pénétrant, semble toujours occupé du besoin de prendre connaissance des lieux, des choses, des hommes, pour mieux accomplir ses desseins. Le dépravé présente quelque chose d'instinctivement criminel et vicieux »⁶⁷². Le postulat d'une relation causale entre le physique et le psychisme se retrouve tout au long du 20^{ème} siècle. En même temps que les études de craniologie étaient réalisées, circulaient les caricatures des juifs. Aujourd'hui certains espèrent trouver un gène « gays » ou encore, un gène permettant d'identifier les criminels sexuels. En 2009, la cour d'assises de Trieste, en Italie, a accordé une réduction de peine d'un an à un détenu condamné pour meurtre, car son ADN l'aurait « prédisposé à faire preuve d'agressivité »⁶⁷³. La « mal mesure de l'homme »⁶⁷⁴ a de beaux jours devant elle.

Par ailleurs, l'objectivation de l'identité en mettant en premier le corps peut conduire à une réification de l'identité traduisible par des suites de chiffres. La personne peut être encodée sans difficulté. Il ne s'agit plus, par le langage de décrire ce qu'est une personne. Un code génétique pourra en dire plus infiniment sur nos origines et notre singularité. Mais on connaît aussi aujourd'hui les failles de « la reine des preuves »⁶⁷⁵ et on peut sérieusement s'inquiéter du développement du fichage génétique, prévu à l'article 706-54 du code de procédure pénale, qui

⁶⁷² Cf. Marc RENNEVILLE, « Le criminel né : imposture ou réalité », revue *Criminocorpus, revue hypermédia*, Histoire de la criminologie, 2. Thématiques et théories, mis en ligne le 01 janvier 2005.

⁶⁷³ Le récit de cette affaire est en introduction de la thèse de Julien LARREGUE, *Décoder la génétique du crime : développement, structure et enjeu de la criminologie bio-sociale aux États-Unis*, Soutenue à l'université d'Aix-Marseille, 2017, accessible sur HAL.

⁶⁷⁴ En référence à l'ouvrage remarquable de Stephan Jay GOULD, *La Mal mesure de l'homme*, (1980), Odile Jacob 1997.

⁶⁷⁵ Parmi une importante littérature, voir la présentation de cette question dans l'article d'Elsa SUPIOT, « Empreintes génétiques et droit pénal, quelques aspects éthiques et juridiques », in *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2015, n°4, p. 830.

prévoit peu de garanties pour les justiciables. La conception selon laquelle la personne est un corps trouve sa limite. Le corps ne peut incarner toute notre identité car on prend le risque d'une organisation perverse du droit de l'état civil. Perverse car elle détourne⁶⁷⁶ l'identité de la personne, l'identité se trouve sans-dessus-dessous, renversée, non sans lien avec un certain malaise de nos sociétés post-modernes. Le corps peut se retrouver dans le domaine des choses⁶⁷⁷, jusqu'à être un bien⁶⁷⁸, « une matière où se dilue l'identité personnelle et non plus une racine identitaire de l'homme »⁶⁷⁹, un objet ontologiquement distingué du sujet, mis à disposition. Le marquis de Sade a été de ceux qui ont parfaitement exprimé cette idée de la personne identifiée à de la chair. Elle n'est plus que le jouet du désir et de la mort, entre Éros et Thanatos. L'auteur des « 120 jours de Sodome » a remarquablement anticipé la chosification des corps, moins dans la description des partouzes que dans la destruction des corps⁶⁸⁰, préfigurant les entassements innombrables des charniers du 20^{ème} siècle. Après la seconde guerre mondiale, Emil Cioran pouvait décrire le corps humain comme de la viande, « périssable jusqu'à l'indécence (...) elle est maladie elle-même, néant incurable (...) et tant elle m'accapare et me domine que mon esprit n'est plus que viscères »⁶⁸¹.

L'oubli de l'esprit conduit à laisser libre court aux nouvelles biotechnologies qui conçoivent le corps humain comme un objet, comme un puzzle d'éléments différenciés, presque comme « matière indifférente, simple support technique de la personne »⁶⁸², avec le sang, le sperme et autres fluides, les organes et les os. Mis à l'écart de l'épaisseur de la personne humaine, le corps humain devient une mécanique travaillée par les chirurgiens et les biologistes. Le discours scientifique contemporain pense le corps comme une matière perfectible : comme s'il était un brouillon à corriger, il peut être modifié, greffé, bénéficier de prothèses⁶⁸³, et cet ensemble

⁶⁷⁶ Le mot « pervers » est issu du latin *pervertere* qui signifie littéralement « détourner ».

⁶⁷⁷ Du point de vue du droit, les choses sont ce sur quoi l'homme peut exercer une absolue maîtrise, il peut les investir de sa personnalité, de son pouvoir, elles sont neutres. Les personnes sont un concept opposé, elles jouissent de droits propres, et elles peuvent s'approprier les choses (hormis les *res communis* qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, telles l'air, l'océan, etc.).

⁶⁷⁸ Des cheveux ou du lait maternel sont des biens qui peuvent être vendus. L'embryon ou le corps du défunt sont également des biens qui répondent à des régimes juridiques spécifiques.

⁶⁷⁹ David LE BRETON, *L'adieu au corps*, Métailié, Suite essais, 2013, p. 15.

⁶⁸⁰ Cf. l'analyse de François OST, *Sade et la loi*, Odile Jacob, 2005, 345 p.

⁶⁸¹ Emil CIORAN, *Le mauvais démiurge*, Gallimard, Les essais, 1969, p. 54.

⁶⁸² David LE BRETON, *L'adieu au corps*, Métailié, Suite essais, 2013, 4^{ème} de couverture.

⁶⁸³ La prothèse, elle, ne peut pas devenir corporelle au sens biologique, physiologique, l'incorporation se fait par le droit : de la catégorie des choses étrangères au corps humain, elle en devient un composant.

reconstruit, « purifié, géré, remanié, renaturé, artificialisé, recodé génétiquement, décomposé et reconstruit (...), stigmatisé au nom du « mauvais gène »⁶⁸⁴, est juridiquement la personne⁶⁸⁵.

La technicisation touche au plus intime du corps qui est branché, greffé, et devient chose au service de la personne, en même temps que la première épouse le régime juridique de la seconde aussi longtemps qu'elle est à son service⁶⁸⁶. Le membre greffé s'acquiert en effet dans une relation de personne à personne, puisqu'il y a achat ou don ; ensuite dans une relation de personne à chose, lors de son appropriation juridique, puis enfin, dans une relation de « chose à chose », il s'intègre au corps, ce qui n'a plus rien à voir avec le droit. Ainsi, le corps humain devient une « chose composite », et l'élément nouveau est, en principe, psychiquement intégré, accepté, adopté. Christine Détrez soutient que la technologie contemporaine en arrive à une telle effraction objective du corps humain en le prenant comme objet au sens premier du terme, qu'il serait à la fois décontextualisé et désacralisé⁶⁸⁷. L'imagerie médicale, l'évolution de divers procédés savants et raffinés ont en effet permis que le corps soit étudié, décrit, représenté de façon de plus en plus objective, dans ses moindres détails, au point que sa représentation devienne plus neutre, qu'elle s'éloigne de son sujet, et que le corps semble « se détacher de la réalité visible et sensible »⁶⁸⁸.

Contre l'aberration d'une confusion entre les personnes et les choses⁶⁸⁹, il demeure important d'associer l'esprit au corps. Nous partageons la conclusion de Xavier Labbé qui affirme

La chose composante devient personne par destination, in Jean-Pierre BAUD, « La nature juridique du sang », *Analyses du sang*, Terrain, n° 56, 2011, § 39, pp. 90-105.

⁶⁸⁴ David LE BRETON, *L'adieu au corps*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸⁵ Jean-Pierre BAUD, « La nature juridique du sang », *Analyses du sang*, Terrain, n° 56, 2011, § 39, pp. 90-105.

⁶⁸⁶ Xavier LABBÉE, « Le corps humain connecté », *Gaz. Pal.*, 6 mars 2018, n° GPL313b3, p. 15.

⁶⁸⁷ Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, Seuil, Points, Essais, 2002, 257 p.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 49 et p.196.

⁶⁸⁹ Pierre Legendre indique que le jeu des catégories juridiques a cette fonction essentielle de classement des divers objets du droit, c'est-à-dire des divers « ce dont il s'agit », et « nous nous rangeons (...) dans des catégories juridiques (...) de l'histoire du droit romain », partant, « nous nous identifions d'après l'anthropologie qu'elles contiennent ». Or, « le droit romain sépare l'homme de tout ce que nous appelons des objets. Les *Institutiones* de Justinien, ce manuel de base du juridisme européen, l'indiquent ainsi : tout droit dont nous usons se rattache soit aux personnes, soit aux choses soit aux mises en scènes des procès. Il s'ensuit quelques conséquences capitales : un animal, une plante ne peuvent être une personne, une dette ne peut être une personne, un humain (...) n'est pas une chose », in Pierre LEGENDRE, *Leçons IV, L'ineffable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2^{ème} éd., 2004, p. 26.

« qu'une législation qui qualifierait le corps de personne pour pouvoir mieux le traiter en objet, serait sans doute pire que le mal »⁶⁹⁰. Si le corps est la personne, son identité résulte d'une alliance du corps et de l'esprit⁶⁹¹.

Section 2

L'unité du corps et de l'esprit : le stade du miroir dans le processus d'identification

La personne humaine forme un tout⁶⁹² qui articule l'esprit et le corps et on ne peut penser son identité en faisant prévaloir un élément sur un autre. Dans chaque texte juridique se retrouve la tentation de séparer l'esprit du corps, et de les traiter indépendamment l'un de l'autre. Chaque débat rappelle, notamment en s'appuyant sur la psychanalyse, qu'une telle séparation n'a pas de sens, puisque l'inconscient investit l'esprit à travers le corps⁶⁹³ et que les conflits psychiques se traduisent inmanquablement par des troubles somatiques⁶⁹⁴. De son côté, la doctrine

⁶⁹⁰ Xavier LABBÉE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, thèse de doctorat en droit, Lille 3, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, 4^{ème} de couverture.

⁶⁹¹ Mathieu Reynier avance que « l'humain semble pouvoir bénéficier d'une forme nouvelle de sacralisation juridique, non pas basée sur un quelconque rattachement à l'une ou l'autre des catégories de la *summa divisio*, mais sur une vision impalpable, insondable, que nous nous faisons de l'ensemble humain », in Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, Bordeaux, Les Études Hospitalières, coll. Thèses, 2011, p. 249.

⁶⁹² Nous reprenons les termes de Catherine LABRUSSE-RIOU, pour qui « du côté de la personne, comme sujet, sa vie, son corps, entité complexe, est un tout, et non l'addition des éléments biologiques, organiques, psychiques », in « Servitudes, servitudes : Portes ouvertes et fermées sur un statut du corps humain aux mains de la science », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle LHERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, ed. Christian Bourgois, 1993, p. 308.

⁶⁹³ Michel BOUSSEYROUX, « Le mystère du corps parlant », in *L'en-je lacanien* 2004/2 (n°3), pp. 67 à 77.

⁶⁹⁴ Sigmund Freud dévoile la causalité inconsciente de certains maux, par exemple ceux qui tourmentent les hystériques. Il expose que l'inconscient cherche la jouissance, d'une manière systématique, en suivant des règles répétées, refoulées. Lors de la *Conférence à Genève*, en 1975, sur le symptôme, Jacques Lacan rappelle que c'est par la révélation de la jouissance spécifique qu'il faut toujours viser à

juridique connaît d'une manière générale l'importance de l'articulation entre deux éléments contradictoires⁶⁹⁵. L'association du corps et de l'esprit est donc indispensable pour penser l'identité d'une manière équilibrée et cohérente. Le lien entre ces deux éléments est essentiel car la question de l'identité de la personne doit être pensée dans son unité (I). Cette unité ne veut pas pour autant dire que le corps et l'esprit évoluent toujours d'une manière identique. La transformation des corps ébranle la stabilité de l'identité juridique (II).

I. La réconciliation des corps et de l'esprit : l'unité de l'identité.

On sait aujourd'hui que l'esprit et le corps ne se dissocient pas l'un de l'autre comme deux substances séparées, ils forment un ensemble où se manifestent nos désirs, nos sensations, nos émotions, nos pulsions. Cette réconciliation est essentielle en matière d'identité. L'articulation du corps et de l'esprit est la garantie d'une unité identitaire. La dissociation de ces deux éléments entraînerait la désintégration de l'identité de la personne (A). Réconcilier les corps et l'esprit, c'est aussi accepter les corps « monstrueux », et même si les corps sont extrêmement divers, l'identité du genre humain est unique (B). Les personnes humaines sont à la fois différentes et identiques.

A. L'équilibre corps/esprit : l'unité de l'identité de la personne

Sans vouloir défendre ici une identité heureuse, l'équilibre du corps et de l'esprit est une des clefs de l'identité de la personne. Notre identité ne se réduit pas à un état civil ou à une suite de chiffres qui retrace un ADN. Elle n'est pas non plus ce nous pensons être. Un équilibre entre ces deux éléments est fragile et n'est pas toujours accepté, notamment par les juristes qui sacralisent le corps, ou bien le choséifient et l'accessoirisent. Mais la conjonction de ces pôles est fondamentale. La psychanalyse en montre l'importance et la complexité.

aborder le psychosomatique : « Le psychosomatique est quelque chose qui est tout de même, dans son fondement, profondément enraciné dans l'imaginaire ».

⁶⁹⁵ Le droit est traversé de distinctions binaires qui sont souvent dépassées. On pense notamment aux oppositions entre droit objectifs/droits subjectifs, droit privé/droit public, droit naturel/droit positif, biens meubles/biens immeubles, contrat/acte unilatéral, intérêt des particuliers/intérêt général...

Jacques Lacan a été l'un des auteurs qui en psychanalyse a le mieux synthétisé ces deux éléments de l'identité, avec sa formule du « corps parlant »⁶⁹⁶. Le corps rit ou pleure, il se désespère ou exulte, la parole a toutes sortes d'effets, et le corps, à sa façon, pense aussi. Ce « corps que l'on est, et corps que l'on a », puisque « chacun est son corps tout en l'ayant »⁶⁹⁷ et que « chacun a son corps tout en l'étant »⁶⁹⁸. Le corps est ce territoire intime, source de rêve, objet de sollicitudes, de désirs ou de dégoûts, révélateur de sentiments, vecteur de pensées, matière vibrante, il instaure un langage : il parle quand il envoie des messages de peur, de contradiction, de joie, de plaisir, de douleur, de détresse, de malheur et de paix, il est l'expression d'un langage universel, mais cependant tout à fait personnel, il est une manière d'appréhender l'humanité, un moyen de communication entre les individus.

Françoise Dolto, dans la manière d'appréhender le corps dans sa relation avec l'esprit d'une personne, distingue deux niveaux, externe et interne. Le corps se manifeste à l'autre par son enveloppe charnelle en contact avec le monde physique et la société humaine : ce que le droit prend en compte, c'est le « schéma corporel »⁶⁹⁹. Cette représentation anatomo-physiologique est le vecteur de l'identité personnelle apparente, perceptible par l'extérieur. Ce schéma corporel échoue cependant à rendre compte de « l'image du corps »⁷⁰⁰ avec laquelle il ne doit pas être confondu et que chacun intègre individuellement. Une image qui, loin de se limiter à une articulation mécanique, exprime l'histoire profonde et émotionnelle d'une personne vécue à travers son corps. L'image du corps est une image inconsciente que chaque personne se fait de son corps en tant que synthèse incarnée d'expériences émotionnelles, et que le corps est entièrement une « incarnation symbolique du sujet désirant »⁷⁰¹. « L'image du corps est donc

⁶⁹⁶ Georg Groddeck, contemporain de Sigmund Freud, s'est le premier posé la question des rapports énigmatiques entre le corps et la parole. Il a posé que la distinction de l'âme et du corps, correspond seulement à une distinction de mots, pas à une distinction d'essence, et qu'il s'y trouve un « ça », une force par laquelle nous sommes vécus, alors que nous croyons vivre. V. Sigmund FREUD, *Le moi et le ça*, Payot & Rivages, Petite Bibliothèque Payot, 1981, 123 p.

⁶⁹⁷ Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, op. cit., p. 7.

⁶⁹⁸ *Ibid.*

⁶⁹⁹ Françoise DOLTO, *L'image inconsciente du corps*, Seuil, Points, Essais, 1984, p. 17.

⁷⁰⁰ Françoise Dolto explique que le corps est le médiateur de « l'image du corps » qui comprend les trois instances psychiques connues, le Ça, le Moi et le Surmoi, *ibid.*, p. 8.

⁷⁰¹ *Ibid.*

la base de l'image de soi. Elle est différente de la réalité anatomique et fortement marquée par la dynamique pulsionnelle (narcissique, libidinale et agressive) »⁷⁰².

L'adéquation de son corps à soi-même fait donc jouer deux éléments : ce qu'une personne donne à voir de son corps (le schéma corporel) et ce qu'elle se représente être son corps (l'image du corps). Le juge s'intéresse bien souvent au premier niveau, en observant la réalité du corps qui est devant lui, en examinant si le corps a été blessé ou meurtri à la suite d'une agression, tandis que le psychanalyste intègre prioritairement l'image du corps. Il reste que lorsque le juge est confronté à une question d'identité, il est conduit à essayer de comprendre un peu plus, comme le psychanalyste, ce que la personne se représente être son corps, comment elle s'y sent. Ainsi, si une personne demande un changement de sexe à l'état-civil, le juge peut s'en tenir à une application à la lettre de l'article 61-5 du code civil, et examiner comment elle se présente en société. Mais il aurait tout intérêt à se situer sur une autre scène, notamment lorsque la demande résulte d'un enfant ou d'un adolescent. Entre la réalité organique objective, et l'image du corps, la scission peut être plus ou moins importante. Le schéma corporel peut tout aussi bien être parfaitement « sain », alors que l'image du corps est altérée, même si cette altération n'est pas forcément visible. Une personne peut refuser d'endosser l'identité qui lui a été attribuée par les autres. Lors de l'attribution identitaire, si l'on se base sur les apparences du corps, on risque de basculer dans l'étiquetage et de fabriquer des identités virtuelles.

Le corps est donc ce que les psychanalystes appellent *le signifiant*⁷⁰³ de l'existence de tout individu, son épaisseur vivante, et le travail analytique s'attelle à déchiffrer les logiques paradoxales des figures qui le travaillent à son insu. Afin d'évaluer une demande juridique d'une personne qui veut changer d'identité, les praticiens du droit ont tout intérêt à se renseigner sur le rapport inconscient que la personne entretient avec son corps. L'équilibre corps/esprit est le signe d'une identité unifiée et apaisée.

⁷⁰² Paul SCHILDER, *L'image du corps*, Gallimard, 1980, 350 p., cité par Edmond MARC, dans son article « La construction identitaire de l'individu », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, p. 31.

⁷⁰³ Le « signifiant » est en psychanalyse la représentation mentale de la forme, de l'aspect matériel d'un signe. Il est l'image d'un objet. C'est un concept clé qui prime sur le « signifié » qui est lui la représentation mentale d'une idée. Ainsi le signifiant est la forme, l'image, tandis que le signifié est l'idée, le concept. Selon Sigmund Freud, la formation psychique inconsciente se déchiffre en terme de « signifiant », et « la chaîne signifiante s'organise et impose sa loi au sujet inconscient », in Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse*, PUF, Que sais-je ?, 2007, p. 680.

B. La diversité des corps : l'unité de l'identité du genre humain

Le corps a longtemps été construit à partir d'un modèle et de repoussoirs. Il est apparu juridiquement sous la forme d'archétypes bien identifiés, initialement inspirés par la Bible : Adam, premier homme, modelé par Dieu à son image⁷⁰⁴, et Eve, première femme, créée à partir du corps d'Adam. L'acceptation de la diversité des corps a longtemps été bannie. Au nom de la normalité⁷⁰⁵, tout ce qui était considéré comme monstrueux était rejeté. Cette représentation du corps a conduit à l'élaboration d'une d'identité abstraite qui euphémise et cache les différences. « Le monstre est dans le bocal de l'embryologiste où il sert à enseigner la norme »⁷⁰⁶. La réconciliation du corps réel et de l'esprit conduit à une meilleure compréhension de ce qui fait l'identité de la personne. S'il y existe des corps exotiques, des enfants siamois, des femmes à barbes, des nains, des nègres blancs, des hommes troncs, des intersexes, il n'y a pas de différence identitaire. La différence se fond dans l'identique du genre humain.

De nombreuses personnes ont été privées d'une identité, ramenées à des « choses » vivantes, animalisées, reconnus seulement comme des esclaves, des « sauvages » pouvant être vendus et détruits, considérés comme des corps sans âme. En 1824, un magistrat pouvait, devant la Cour de cassation, dire en évoquant la main-d'œuvre employée dans nos colonies, que « L'esclave est une propriété dont on dispose à son gré (...), cette propriété est mobilière, toutes les fois que l'esclave n'est pas attaché à sa culture, mais (...) dans ce dernier cas, il devient immeuble par destination ; (...) il ne jouit d'aucun droit civil ; (...) ne possède rien qui n'appartienne à son maître ; (...) ne peut se marier sans le consentement de celui-ci ; (...) sa postérité naît comme

⁷⁰⁴ Genèse 1,26 : Dieu dit : faisons Adam à notre image comme notre ressemblance, et qu'ils dominant (...). Genèse 1,27 : Dieu créa Adam à son image, à l'image de Dieu il le créa, mâle et femelle, il le/les créa : ce passage de l'ancien testament est cité par Adrien Demoustier qui précise qu'« il semble, d'après les traductions, qu'on peut entendre aussi bien : il le créa ou il les créa », in Adrien DEMOUSTIER, « Un aspect du rapport homme et femme selon les chapitres 1 à 5 du livre de la Genèse. Esquisse d'une réflexion », *Nouvelle revue théologique*, vol. t. 125, n° 2, 2003, pp. 187-204.

⁷⁰⁵ Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, op. cit., p. 24.

⁷⁰⁶ Georges CANGUILHEM, *La connaissance de la vie* (1952), Vrin, 1965, p. 228.

lui dans l'esclavage »⁷⁰⁷. Au même moment, on exposait « à la foire du trône, la femme « anthropophage » qui broie les cailloux et avale les couleuvres »⁷⁰⁸.

À la fin du 19^{ème} siècle et au début du 20^{ème}, nombre d'« indigènes » sont encore exhibés dans des zoos⁷⁰⁹, des foires, ou encore au Jardin d'acclimatation entre 1877 et 1897, comme des attractions tout à fait distrayantes. Ils sont présentés comme des « maillons entre l'homme et le singe », des « êtres inférieurs à civiliser », alors que ces pratiques indignes avaient été définitivement abolies en France et dans ses colonies le 27 avril 1848 par le décret de Victor Schœlcher⁷¹⁰. Auguste Debay scelle la parenté du monstre et de la bête : « Le Hottentot occupe encore aujourd'hui le dernier degré de l'échelle anthropologique. Accroupis des journées entières dans l'ordure, ne pensant à rien, grimaçant, se grattant, ils dévorent, à l'exemple des singes, la vermine dont ils sont couverts ; leur paresse, leur stupidité et leur laideur repoussante n'ont point de pareille dans l'espèce »⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Req., 1^{er} décembre 1824, *Jur. gén.*, 1^{ère} éd., p. 674.

⁷⁰⁸ Jean-Jacques COURTINE, « Le corps anormal. Histoire et anthropologie culturelles de la difformité », *op. cit.*, p. 213.

⁷⁰⁹ En 1889, quand Paris célèbre 100 ans de liberté, d'égalité et de fraternité, l'Exposition universelle propose l'attraction du « village nègre », avec 400 Africains exhibés au milieu des pavillons coloniaux. Ce type d'exhibition perdurera encore pendant une bonne partie du 20^{ème} siècle, v. Charline ZEITOUN, « À l'époque des zoos humains », *CNRS Le journal*, n° 263, décembre 2011.

⁷¹⁰ Les considérants du décret d'abolition du 27 avril 1848 énoncent que « l'esclavage est un attentat contre la dignité humaine ; (...) en détruisant le libre arbitre de l'homme, il supprime le principe naturel du droit et du devoir ; (...) il est une violation flagrante du dogme républicain : Liberté, Égalité, Fraternité ». Le site de l'Assemblée nationale indique que ce décret interdit totalement « tout châtement corporel, toute vente de personnes non libres ». Il interdit à tout Français, même en pays étranger, « de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer, soit directement, soit indirectement, à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînerait la perte de la qualité de citoyen français ». L'article 7 précise que « le sol de France affranchit l'esclave qui le touche ». V. <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/evenements/2016/abolition-de-l-esclavage-1794-et-1848/1848-l-abolition-definitive>.

⁷¹¹ Cf. Auguste DEBAY, *Histoire des métamorphoses humaines et des monstruosité*s, Mocquet, 1845, pp. 50-51. On peut aussi évoquer l'histoire de Saartjie Baartman (1810) surnommée la « Vénus hottentote », affligée de stéatopygie, une hypertrophie des hanches et des fesses, et une protubérance surprenante des organes génitaux, est parée, exhibée, et rentabilisée en Occident par un montreur d'animaux ; les curieux la touchent à leur gré, et durant son long calvaire, ses « propriétaires » successifs la droguent, et abusent d'elle dans les salons privés. La dépouille de Saartjie Baartman, décédée en 1815, et dont le corps était conservé au Muséum d'histoire naturelle de Paris, a été rendue à l'Afrique du Sud en 2002, grâce à la loi du 6 mars 2002 relative à la restitution par la France de la dépouille mortelle de Saartjie Baartman à l'Afrique du Sud, avec son article unique « À compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, les restes de la dépouille mortelle de la personne connue sous le nom de Saartjie Baartman cessent de faire partie des collections de l'établissement public du Muséum national d'histoire naturelle ».

Les corps « inadéquats », qualifiés de monstrueux⁷¹², exacerbent aussi les fantasmes, l'inquiétude, le rejet. Les monstres représentaient la peur de ce qui est humainement et dans une dimension biologique, différent, inhabituel, aberrant. Dans la tradition judéo-chrétienne, ils incarnent le résultat d'une faute, la conséquence de la transgression d'un interdit. Ils sont un châtement pour leurs géniteurs, contrevenant à toutes les lois naturelles, fascinants et dégoûtants à la fois, comme s'ils étaient les symétriques par inversion de la norme.

Il n'était alors pas imaginable que les difformités les plus terrifiantes, les corps les plus insolites ou disproportionnés, contraires aux « lois de la nature », puissent abriter une « âme ». Leur aspect effrayant, comme « l'homme éléphant⁷¹³ » ou « l'homme singe⁷¹⁴ » incroyablement poilus, symbolisait « la remise en cause de la frontière qui sépare les hommes des animaux, les hommes de la divinité, la vie de la mort comme horizon, le permis de l'interdit, le normal de l'anormal » explique Jean Foucart⁷¹⁵.

Aujourd'hui, la réconciliation du corps et de l'esprit marque une certaine évolution. Trois situations peuvent être rapidement évoquées.

⁷¹² Le terme de « monstre » dérive du latin *monstrum*, lui-même dérivé de *monere*, montrer, attirer l'attention sur, avertir. *Monstrum* désigne un prodige, signe de la volonté des dieux qu'il faut déchiffrer. Ce terme est appliqué à un être surnaturel, et dans la culture religieuse, il désigne spécialement les démons. L'application du mot monstre à un être humain remonte au 12^{ème} siècle, à propos de quelqu'un au physique et aux mœurs étranges et effrayants. L'adjectif « monstrueux » est employé dès le 14^{ème} siècle avec l'idée de « contre nature », ou « contre la volonté divine », d'un point de vue moral, mais surtout à propos d'anomalies du corps humain, in Alain REY, *Dictionnaire Historique de la Langue Française. L'Origine et l'Histoire des mots racontés par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, T. 2 M-Z, p. 1434. La monstruosité a pu être décrite comme « ce dont l'effet sur l'imagination nous semble ressortir à une horreur de fascination », in Henri BAUDIN, *Les monstres dans la science-fiction*, Lettres Modernes, Cahiers de recherche sur Imaginaire, Circé 6, Série thématique de l'imaginaire, 1976, 74 p.

⁷¹³ Joseph Merrick, né en Angleterre en 1862 était atteint de ce que l'on nomme aujourd'hui syndrome de Protée, une maladie génétique très complexe à l'origine de difformités particulièrement impressionnantes, qui faisait de lui, aux yeux des hommes, plus un monstre qu'un être humain. En 1980, le cinéaste David Lynch a retracé l'existence de ce personnage dans son film *Elephant Man*.

⁷¹⁴ Tel fut le cas de Julia Pastrana, une femme d'une ethnie mexicaine, souffrant d'une maladie génétique qui l'affligeait de traits simiesques, elle fut exhibée en Europe au 19^{ème} siècle comme un animal, la "femme singe". Cette maladie très rare, l'hypertrichose ou "syndrome du loup-garou" touche encore certaines personnes à travers le monde.

⁷¹⁵ Jean FOUCAULT, « Monstruosité et transversalité. Figures contemporaines du monstrueux », *Pensée plurielle*, vol. 24, no. 2, 2010, p. 10.

Ce sont par exemple des sœurs siamoises⁷¹⁶ américaines Abigail et Brittany Hensel, nées le 7 mars 1990, qui partagent un seul corps à deux têtes⁷¹⁷, devenues professeurs de mathématiques. Elles ont deux prénoms pour un seul corps, avec deux cerveaux.

Anciennement ostracisés, furent les nains⁷¹⁸ vendus lors de marchés aux monstres, ainsi que le rapporte Plutarque⁷¹⁹. Tite-Live, Sénèque et Justinien affirment que l'infanticide de ces monstres était courant et admis dans la Perse antique et chez les Gaulois ; quant aux mères qui les enfantaient, elles étaient lapidées. C'est à partir du 18^{ème} siècle que le nanisme finit par être pris en considération. Les nains sont au centre de tableaux de Vélasquez⁷²⁰. On les retrouve dans les romans du 19^{ème} qui font le récit de leur condition tragique, de leurs misères humaines et sentimentales. Un siècle plus tard, dans une décision très controversée du fait de l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'un nain, le Conseil d'État au nom de la dignité humaine, interdit le

⁷¹⁶ Des jumelles parapagiques dicéphaliques.

⁷¹⁷



⁷¹⁸ Le nanisme caractérise une nette insuffisance de la croissance d'un individu. Quand il concerne tout un groupe, il peut être une adaptation au contexte biogéographique ou à un phénomène d'insularisation (dans ce cas il se met en place sur un certain nombre de générations, si la population est limitée à une aire de vie très restreinte et à des conditions ascétiques. C'est sans doute ce qui explique la morphologie des et peut-être des pygmées d'Afrique ou de l'Homme de Java. En français moderne, et dans d'autres langues, le terme de « nain » désigne à la fois des êtres réels de petite taille, et des créatures fantastiques de croyances populaires, avec un sens plutôt dépréciatif, comme les gnomes, les lutins, ce qui peut entraîner une confusion de sens l'idée que des personnes naines soient les représentantes vivantes de mythes anciens.

⁷¹⁹ Jean-Jacques COURTINE, « Le désenchantement des monstres », préface pour Ernest Martin, *Histoire des monstres depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Hachette, BNF (éd. 1880), 2012, p. 4.

⁷²⁰ Cf. Monique ZERBIB, « La représentation des nains et les bouffons dans l'œuvre de Vélasquez », revue *Champ psychosomatique*, 2004, n°35, pp.41-59.

« lancer » de nain⁷²¹. Le même procès pour une personne légère et de petite taille, mais pas naine pour autant aurait-il eu le même résultat ? Si l'on peut critiquer cet arrêt sur le terrain des droits de l'homme et au regard de la solution retenue, on peut néanmoins y voir l'évolution de la protection du corps des personnes, qui ne peuvent être de simples objets. Mais on se demande pourquoi le cascadeur qui double un acteur, même si la situation est périlleuse ou dégradante, travaille sans que personne ne cherche à l'en empêcher au nom de la protection de l'ordre public, alors qu'un nain, équipé comme pour une cascade, est privé de cette possibilité. On ne peut cependant qu'être rassuré par l'application d'un principe de dignité humaine pour cette catégorie de personnes, perçues jadis comme des parias de l'humanité.

La situation des « intergenres », « intersexes » et hermaphrodites est encore aujourd'hui plus complexe. S'ils ne sont plus brûlés comme au 17^{ème} siècle⁷²², ils sont toujours considérés comme des raretés de la nature, des personnes anormales. Sans trop rentrer dans le détail car nous approfondirons cette question dans le dernier chapitre de la thèse, l'hypothèse de pouvoir indiquer à l'état-civil la mention sexe « neutre » représenterait sans doute une avancée importante, qu'il conviendra de nuancer. La situation juridique de ces personnes a quelque chose de terrifiant et le fait qu'un journal féminin recueille le témoignage de Victor montre une évolution⁷²³ des mentalités. Évolution qu'une juridiction en première instance avait souhaité

⁷²¹ CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*.

⁷²² Bien qu'ils l'aient été jusqu'au début du 17^{ème} siècle, et mis à morts en raison de leur lien présumé avec Satan, les « hermaphrodites » étaient exécutés, brûlés, et leurs cendres disséminées au vent, *in* Michel FOUCAULT, *Les anormaux*, Cours au collège de France 1974-1975, Gallimard/Le Seuil, Hautes Études, EHESS, 1999, p. 62.

⁷²³ Ci-après l'édifiant témoignage de Victor, personne hermaphrodite : « J'ai les traits féminins, de longues mains, une grande carcasse. Je m'habille en homme, avec des ongles vernis et des barrettes. Je suis né(e) il y a quarante-huit ans, dans une famille nombreuse, catholique pratiquante. On annonce à mes parents que je ne suis « pas conforme ». En fait, je suis né avec un micro pénis, pas de testicule et un vagin. Je suis ce qu'on appelle un hermaphrodite. Pour ma part, je préfère le terme « intergenre ». Ni homme ni femme, ou bien les deux à la fois. Les médecins tranchent : je suis un garçon ... mais un garçon « raté », qu'il faudra « réparer ». Mes parents attendent la "réparation" promise par les médecins à ma naissance. Elle arrive le jour de mes 7 ans. Ils sont presque contents. Enfin, on va savoir ce qu'il y a "dedans". Le vieux chirurgien qui m'opère écrit qu'il faut procéder à des examens plus poussés. La machine infernale se met en route. Pendant dix ans, je me rends à l'hôpital tous les trois mois. On m'ouvre, on me referme, pour pratiquer ce que les blouses blanches appellent "des explorations fonctionnelles". Mais personne ne nous fournit jamais aucun bilan médical. J'ai 14 ans lorsque ma mère dit stop : "Vous n'arrêtez pas d'ouvrir mon enfant, vous dites que vous ne trouvez rien, alors laissez-le tranquille !" Les médecins la traitent de mauvaise mère, disent que je risque un cancer et que je dois à nouveau passer sur le billard. Elle cède sous la pression, et c'est alors qu'a lieu la plus grosse opération, qui me laisse une large cicatrice sur tout le ventre. Je ne peux pas en être certain, mais je pense que c'est ce jour-là qu'ils ont enlevé mon utérus. Je ne sais pas exactement ce qui a alors été transformé dans mon

suivre en répondant favorablement à la demande d'un psychothérapeute de 65 ans, dont les espérances furent finalement ruinées par la Cour d'appel⁷²⁴. Il n'est pas certain que la Cour de cassation, le 4 mai 2017, en refusant encore la mention de « sexe neutre » à l'état civil pour cette personne intersexuée née sans pénis ni vagin, au motif que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique », ⁷²⁵ ait pour longtemps le dernier mot.

corps. En fait, les médecins ne remettent jamais en question mon identité sexuelle pour renforcer mon "sexe d'élevage", comme on dit dans le jargon. Je suis un garçon, point barre. Dans notre société, il n'y a pas d'espace en dehors du masculin et du féminin. Il n'y a pas de mot pour les enfants comme moi. Comme ce que je suis n'existe pas, je me résigne. Je dois devenir un garçon "à 100 %". On me bourre de testostérone. Avec les injections hormonales, je me métamorphose. Moi qui étais un enfant calme, gentil et bon élève, je découvre les colères irrépessibles, les maux de tête terribles et les problèmes de concentration. Alors on me traite pour troubles bipolaires, à coups d'antidépresseurs. On multiplie la médicalisation, sans qu'aucun médecin ne mette en cause les injections de testostérone. Ces substances sont faites pour produire de super-hommes, forts et qui bandent, c'est tout. Mon corps ne le supporte pas. Je finis par interrompre le traitement, contre avis médical. Lorsque je traverse l'adolescence, quand les garçons deviennent des hommes et que je reste indéfinissable, mes sœurs répondent aux questions et aux attaques à ma place. L'amour de mes proches m'a sauvé. J'ai de la chance, je peux compter sur une famille aimante et des amis compréhensifs. Personne ne se moque de moi pendant ma scolarité. Mes camarades de classe discutent de masturbation, de filles et de mobylettes. Pour moi, c'est un autre monde. Ils le comprennent et disent : "Ça n'intéresse pas Victor." A ma majorité, je dois passer la sélection pour le service militaire. L'idée de me mettre nu devant tout le monde m'est insupportable. Je m'adresse aux médecins qui m'ont opéré, pour obtenir une dispense. C'est une question de survie, mais c'est aussi un prétexte : je veux des réponses. Mais je ne suis pas préparé. Je me heurte à un mur, personne ne me dit ce qu'il s'est réellement passé. Pour me rassurer, je demande à rencontrer d'autres patients comme moi, mais on me répond que je suis le seul. Et on me fait déguerpir en me donnant les coordonnées d'un chirurgien, pour me faire poser des testicules et parfaire ma fameuse "réparation". J'accepte, mais j'ai le sentiment qu'on extorque mon consentement. Je me jette de moi-même entre les mains de mes bourreaux. Avec le recul, je me dis que j'ai été acteur de ma propre mutilation, et ça, c'est un terrible fardeau ». Propos recueillis par Manon Quérouil, *in* <https://www.marieclaire.fr/hermaphrodite-je-suis-ne-ni-homme-ni-femme,710622.asp>.

⁷²⁴ Le 20 août 2015, un juge des affaires familiales de Tours, la ville de naissance du plaignant, avait accepté que la mention « *sexe neutre* » figure sur ses papiers d'identité. Mais le 22 mars 2016 la cour d'appel d'Orléans avait rejeté la décision par crainte de « reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle ».

⁷²⁵ Daniel Borrillo explique que « cette conception du sexe, véhiculée par la Cour de cassation, correspond à une vision résiduelle du genre, aussi bien juridiquement que socialement. En effet les organisations internationales (ONU) et européennes (Conseil de l'Europe, Parlement Européen, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne ...), tout comme la jurisprudence européenne (CEDH, CJUE), les juges français des premières instances et certains organismes tels que la Commission internationale de l'état civil, le Défenseur des droits, ou la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, considèrent le sexe comme une composante de la vie privée, une identité intime et non pas comme un élément immuable d'ordre public », *in* Daniel BORRILLO, « La mention du sexe à l'état civil : de l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », *in Colloque international « De l'hermaphrodisme à l'intersexuation »*, Université Paris Diderot 24/06/2017.

Ce rejet de la réalité des corps par le droit peut être qualifié de déni au sens freudien. On comprend la résistance du juge à « reconnaître la réalité d'une perception traumatisante »⁷²⁶. En refusant la mention de sexe neutre, ce « désinvestissement » selon l'expression psychanalytique, peut s'analyser comme une angoisse de castration⁷²⁷. Il reste que le juge ou le législateur, ne pourront pas ignorer l'articulation fondamentale du corps et de l'esprit. Et c'est parce que nous sommes en tant qu'humains identiques à ses personnes, que leur identité devra être reconnue : une identité humaine et une identité qui tienne compte de ce qu'elles sont et de la spécificité de leur corps.

Ces dénis sont symptomatiques des peurs que nous avons d'apercevoir et de reconnaître la part « animale » qui est en chacun de nous. Notre identité n'est pas seulement humaine. Elle est aussi animale. Ce que nous appelons « normalité » nous rassure, nous rejetons hors et loin de nous le monstrueux. Or ce monstre impitoyable et cruel n'est pas loin. C'est la banalité du mal que décrit Hannah Arendt.

Notre corps nous annonce comme s'il nous précédait. Il ne nous identifie pas totalement. Sa forme nous singularise, mais quelle que soit la difformité qui peut l'affliger, elle ne définit pas l'identité de la personne qui correspond à l'association de son corps et de son esprit.

La dissociation corps / esprit peut conduire à des théories racistes et à une mise en cause de l'idée même d'humanité. Toutes les théories racistes sont des théories du corps. Pendant la guerre de 40 il était extrêmement risqué d'uriner en plein air si l'on était circoncis.

L'identité n'est jamais un donné. Elle est toujours à acquérir, à construire, à reconquérir, notamment lorsque le corps s'éloigne de la normalité et que la personne doit apprendre à « faire

⁷²⁶ V. « déni », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 115.

⁷²⁷ En psychanalyse, le terme de « castration » ne correspond pas à l'acception habituelle de mutilation des organes sexuels mâles, mais désigne une expérience psychique complexe, vécue inconsciemment par l'enfant d'environ cinq ans, décisive pour l'assomption de sa future identité sexuelle. Pour la première fois l'enfant reconnaît, au prix de l'angoisse, la différence anatomique des sexes. Le complexe de castration n'est qu'une étape dans l'évolution de la sexualité infantile, elle ne se réduit pas à un simple moment chronologique, car cette expérience inconsciente est régulièrement renouvelée au long de l'existence. Un des buts de l'expérience analytique est de réactiver dans la vie adulte ce qu'il a traversé dans l'enfance en admettant que les limites du corps sont plus étroites que les limites du désir. Si l'on transpose cette situation de celle des personnes intersexuées confrontées au droit, on voit que l'espace juridique est trop étroit que pour pouvoir intégrer la réalité de la diversité humaine.

face » à l'« anormalité » qu'elle incarne. Le corps est donc d'autant plus encombrant, qu'il évolue et met à mal la stabilité de l'identité de la personne.

II. La transformation des corps et la stabilité des identités : vers la pluralité des identités de la personne.

Le corps d'une personne est unique parmi des milliards d'autres avec des empreintes digitales et un patrimoine génétique singuliers. Et en même temps ce corps ne cesse de changer : son image « trompe par omission, il crée l'illusion de tout dire par son instantanéité totalisante »⁷²⁸, alors qu'il est dans un processus évolutif (A), et qu'il a une histoire⁷²⁹ parfois pleine de surprises et de rebondissements (B).

A. Les transformations naturelles du corps : l'évolution de l'identité

L'existence est d'abord corporelle, et toutes nos actions impliquent en principe⁷³⁰ la médiation de notre corps. L'identité de la personne dans sa relation au corps est évolutive. Le droit accompagne tant bien que mal ces différents stades. Pour qu'on puisse affirmer une stabilité dans l'identité, un état identique, il faudrait situer la personne hors du temps. Mais celle-ci se transforme silencieusement⁷³¹ car la personne ne se voit pas grandir et vieillir. L'identité juridique essaye d'arrêter le flux du temps en fixant une identité juridique pour des périodes

⁷²⁸ Jean-Claude KAUFMANN, *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Fayard, Pluriel, 2010, p. 70.

⁷²⁹ Michelle PERROT, « Identité, égalité, différence. Le regard de l'histoire », in EPHESIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, La Découverte, 1995, p. 39.

⁷³⁰ Nous précisons « en principe », en référence à certaines pathologies qui immobilisent totalement le corps et empêchent toute action, toute expression corporelle. Il s'agit par exemple de la sclérose latérale amyotrophique, dite maladie de Charcot, (du nom du neurologue Jean-Martin Charcot – Freud passera plusieurs mois dans son service de l'Hôpital de la Salpêtrière, à Paris – qui fut le premier à décrire la maladie, en 1869), maladie neurodégénérative qui paralyse progressivement tout le corps, jusqu'aux muscles de la respiration. Nous pouvons aussi évoquer le *locked-in syndrom* (également connu sous le nom syndrome d'enfermement), un état neurologique rare dans lequel le malade est éveillé et conscient mais ne peut aucunement bouger ou parler, en proie à une paralysie complète qui n'épargne que le mouvement des paupières, mais laisse intactes toutes les facultés cognitives. Parmi d'autres phénomènes, il est l'asomatognosie, qui provoque la disparition de la sensation du corps, le sentiment d'absence du schéma corporel, sans que l'esprit ou le soi soient suspendus.

⁷³¹ Cf. les premières pages de l'ouvrage de François JULIEN, *Les transformations silencieuses*, (2009), Livre de poche, 2010.

données mais le sentiment de soi-même est incertain car le corps bouge. Et les psychanalystes connaissent bien les difficultés narcissiques des jeunes adolescents lorsqu'ils abordent le processus de construction identitaire, quand le modèle des parents défaille car le miroir est cassé. Il en est de même lorsque la personne vieillit, souvent d'une manière brutale, comme si un palier avait été franchi, mettant à mal la représentation subjective de la personne⁷³². Il faut avouer qu'il existe un net décalage entre les différents statuts juridiques successifs de la personne, mineur, majeur, majeur protégé et la mouvance de l'identité. Le législateur a surtout pris en compte la période délicate de la naissance de la personne, de son émancipation en tant que majeur, laissant au juge le soin d'adapter l'identité juridique de ce corps qui se transforme.

Le législateur est en effet muet sur le statut de l'embryon. Dès les trois premiers mois de la vie utérine, on comprend, du fait du silence de l'article 16 du code civil, que l'embryon humain est une chose, un produit de la conception humaine ; à partir du quatrième mois l'embryon, il devient fœtus, quand se dessinent les caractères spécifiques à l'espèce humaine, toutefois insuffisants pour qu'il puisse être qualifié de « personne »⁷³³. Avant la naissance, quand l'être humain est en devenir, il est ce *quelque chose* qui vit⁷³⁴. Il est déjà la pomme de bien des discordes, entre ceux qui voient en lui une personne potentielle, comme s'il était des degrés dans l'être, et ceux qui en appellent à des concepts un peu obscurs comme celui de préembryon, pour justifier leurs recherches et mieux prendre possession du genre humain⁷³⁵. L'enfant « simplement conçu » - c'est-à-dire pas encore né - est certes digne de respect, mais il n'est juridiquement qu'une chose particulière⁷³⁶, une « masse cellulaire » faisant partie d'un autre

⁷³² Cf. l'article de Damien HOMBROUK, « L'identité subjective face à la vieillesse », in *Cahiers de psychologie clinique*, 2019, n°52, pp.47-58.

⁷³³ La CEDH, dans l'affaire *VO c. / France*, le 8 juillet 2004, s'interroge sur les différentes conceptions du point de départ de la vie qui diffère selon les législations nationales ; elle affirme « qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est « une personne » au sens de l'article 2 de la Convention.

⁷³⁴ Cette « venue au monde qui marque pour un enfant viable le commencement de la personnalité, sous réserve de l'application de l'adage *infans conceptus pro nato habetur*, et dont la date permet, en utilisant la période légale de gestation (C. civ. art. 311), de déterminer les dates possibles de conception et joue un grand rôle dans la détermination de la filiation (C. civ. art. 312) », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 675.

⁷³⁵ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 106.

⁷³⁶ Le Comité consultatif d'Éthique émet, le 23 mai 1984, l'avis que « l'embryon ou le fœtus doit être reconnu comme une personne humaine potentielle qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose ». Parallèlement, le principe de dignité humaine est régulièrement rappelé quant aux risques de réification de la personne que représentent les progrès scientifiques, notamment par les textes de lois bioéthiques.

corps, celui de la mère. Un corps autonome, qui n'a pas d'identité distincte de la sienne : le corps de l'enfant n'a d'autre statut que celui de *pars mulieris*, c'est une fraction de chair du corps de la mère protégé, lui, par le droit des personnes. L'enfant conçu n'a donc aucune existence juridique autonome en dehors de la personne de la femme dont l'intégrité morale et physique prévaut⁷³⁷.

La naissance fait basculer le corps sans identité, en personne juridique. Selon l'article 55 du code civil, les parents ne disposent que d'un délai de 5 jours pour déclarer la naissance et fixer un nom et un prénom. Alors que la psychanalyse explique que la construction identitaire de l'enfant est beaucoup plus tardive, lorsque âgé de 6 à 18 mois, il construit son « je » par l'intermédiaire d'un parent qui le présente devant le miroir et lui désigne qui il est⁷³⁸, le législateur impose l'urgence et l'enfant devient une abstraction juridique. Selon Lacan, sa réalité, l'enfant la fait « chose à l'image de son corps », il la « corpo-réfie »⁷³⁹ lorsqu'il franchit le stade du miroir. Le juge n'intervient pas tout au long de ses étapes. Il intercède seulement lorsqu'il y a modification des généalogies ou conflit d'identité. A la naissance, après un mariage, ou un décès, il a la charge de rétablir l'ordre social. Et le juge vient au secours de la personne lorsqu'il y a un conflit d'identité, lorsque notamment elle souffre de troubles psychiatriques. Il n'intervient pas tout au long de la vie de la personne, même si celle-ci souffre du « poids des normes d'âges et des représentations »⁷⁴⁰. On y voit un caprice narcissique lorsqu'un juge est saisi par une personne qui demande un changement de son âge à l'état civil. Sans revenir sur l'affaire néerlandaise, il est important de rappeler qu'un grand nombre de dispositions

⁷³⁷ Depuis la loi du 15 janvier 1975, ainsi que déjà mentionné précédemment, la mère dispose d'un droit à l'IVG pour l'enfant conçu *in utero*, tout au long du délai légal de 12 semaines, cette faculté est aujourd'hui énoncée par l'article L2212-1 CSP, loi n° 2014-73 du 4 août 2014. Par ailleurs, la mère peut mettre fin à sa grossesse à tout moment en cas de danger grave pour sa santé (avortement thérapeutique ou IMG : article L. 2213-1 CSP).

⁷³⁸ Sur le rôle de l'autre dans le stade du miroir, voir Jacques LACAN, « Le Stade du miroir comme formateur de la fonction du Je : telle qu'elle nous est révélée dans l'expérience psychanalytique », *Revue française de psychanalyse*, octobre 1949, p. 449-455.

⁷³⁹ Jacques LACAN, cité par Claude LÉGER, « L'immersion du corps dans la psychanalyse », *L'en-je lacanien*, 2004, p. 85.

⁷⁴⁰ Cf. Michelle JOULLAIN, « L'identité des personnes âgées : le poids des normes d'âges, des représentations et des catégorisations sociales », in *Protéger et construire l'identité de la personne âgée*, (dir.) Michel Personne, Érès, 2011 pp.17-31.

juridiques dépendent de l'âge⁷⁴¹. Il serait peut nécessaire que ces seuils juridiques ne soient pas aussi absolus pour maintenir parfois, voire restaurer certaines identités et surtout une positivité de l'image de soi.

Au bout du compte, il semble que le législateur, « pour tenter de forger le régime juridique du corps, en sortant de ses impasses », a préféré « le concept de personne dont le droit ne peut sonder l'essence, mais dont il doit régir l'existence (...) »⁷⁴². L'identité est solidement adossée au concept de personne et l'évolution du corps n'est qu'un élément secondaire. Mathieu Reynier remarque ainsi que la personne humaine en son corps présente la rare caractéristique d'être « fluctuante », en ce sens qu'elle oscille, dans une dynamique non dénuée de tension, de la sacralité à la disponibilité, que son état ne saurait être figé, et qu'il convient de basculer dans une sorte de « schizophrénie analytique » en acceptant qu'elle soit à la fois personne et chose⁷⁴³, donc un « tout » complexe, une unicité janusienne⁷⁴⁴. Le corps humain connaît des transformations. La psychanalyse nous rappelle que le corps est signe de notre puissance et de notre fragilité. Il est ce que l'on aime voir, et également tout ce que l'on ne veut pas être, nos « défauts », nos maladies et notre mort. Le problème du droit et de la psychanalyse est « de faire avec le corps et sa matérialité » changeante⁷⁴⁵. Aujourd'hui, ces transformations du corps sont d'autant plus importantes à prendre en compte qu'il est devenu un objet transformable par la chirurgie. Alors que le corps semblait être une enveloppe qui décline inexorablement, il n'est plus question de vieillir. Le corps se transforme et devient objet de désir.

⁷⁴¹ Sur l'influence de l'âge en matière de responsabilité civile, voir par exemple l'article de Karine de LA ASUNCION-PLANES, « Ages et responsabilité civile », in *Âges et droits*, D. Blanc, (dir.), Institut universitaire Varenne, Colloques & essais, 2016 pp. 69-79.

⁷⁴² Catherine LABRUSSE-RIOU, « Servitudes, servitudes : Portes ouvertes et fermées sur un statut du corps humain aux mains de la science », in Bernard EDELMAN et Marie-Angèle LHERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1993, p. 308.

⁷⁴³ Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, Bordeaux, Les Études Hospitalières, coll. Thèses, 2011, p. 35.

⁷⁴⁴ Janus étant le dieu romain des commencements et des fins, des choix, du passage et des portes.

⁷⁴⁵ Cf. Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, op. cit., p. 87.

B. Les transformations médicales du corps : La construction de l'identité

« La réalité du corps est une image en mouvement fixée par le désir »⁷⁴⁶.

Octavio Paz

Dans nos sociétés de spectacle et de consommation, le corps est l'objet de toutes les attentions. En tant que vecteur d'expression de soi, il ne cesse de se réinventer dans l'idée constante d'une sublimation⁷⁴⁷ de l'ordinaire. La personne humaine peut modifier, modeler, façonner, transformer son corps d'innombrables manières, tant et si bien qu'elle tend presque vers la création⁷⁴⁸, sans que pour autant il s'agisse de s'approcher du « *quod visum placet* »⁷⁴⁹ qui n'a pas réellement de sens, puisque la diversité des « techniques du corps »⁷⁵⁰ est fonction de l'éducation, des dispositions psychiques, des règles juridiques quand elles sont respectées, des dogmes religieux, du milieu social, culturel, et économique, des progrès médicaux et technologiques, et d'innombrables d'inspirations particulières qui amènent à une démultiplication des formes des corps, des plus classiques aux plus originales et même aux plus invraisemblables.

⁷⁴⁶ Octavio PAZ, *Conjonctions et disjonctions*, Gallimard, NRF Essais, 1971, p. 23.

⁷⁴⁷ La sublimation s'énonce comme ce qui échappe à la tyrannie du corps. Sublimation des pulsions, expliquait Sigmund Freud qui tentait de rendre compte des mécanismes à l'œuvre. Le domaine de la création artistique est l'un des lieux exemplaires de la sublimation.

⁷⁴⁸ Orlan, artiste-choc, avant-gardiste, entre délire artistique et désir de toute puissance, se sculpte elle-même, met son intériorité à nu, tout en la mettant en scène. Sa chair découpée, retouchée, désacralisée n'est plus que matériau exposé aux yeux de tous, elle tend vers « un travail d'autoportrait au sens classique, mais avec des moyens technologiques qui sont ceux de notre temps. Il oscille entre figuration et refiguration. Il s'inscrit dans la chair parce que notre époque commence à en donner la possibilité. Le corps devient un *ready made* modifié, car il n'est plus ce *ready made* idéal qu'il suffit de signer », in ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, Jean-Michel Place et fils, Sujet, 1997, p.1.

⁷⁴⁹ C'est-à-dire « ce qui est plaisant à voir », in Etienne GILSON, *Introduction aux arts du beau*, Vrin, Essais d'art et de philosophie, 1998, p. 36.

⁷⁵⁰ David le Breton explique que les techniques du corps sont à la fois les manières dont nous traitons nos corps, mais aussi, consciemment ou inconsciemment, toute une gestuelle codifiée, des modalités d'action, des séquences de gestes en vue de modalités spécifiques. Ces techniques sont les produits d'une éducation formalisée, de rituels, de formes de mimétismes, d'apprentissages nombreux et diversifiés liés à des périodes de la vie à un sexe, à une appartenance sociale, à des circonstances, à une profession, à un état mental, ce sont des séries de signes (comme une synchronie musculaire), qui accompagnent ou contredisent un propos, marquent un état d'esprit, connotent des sentiments, in David LE BRETON, *Corps et sociétés, Essai de sociologie et d'anthropologie du corps*, Méridiens Klincksieck, 1991, pp. 80-89.

Le corps est depuis longtemps admiré, scruté, examiné, vérifié, soigné, affiché, paré, exposé⁷⁵¹. Mais aujourd'hui, jamais le corps n'a été aussi exhibé. Le corps exposé⁷⁵², reconfiguré, vécu comme un vêtement, peut correspondre à une anatomie fantasmatique, transgressive, qui figure quelque chose d'inarticulable, qui supplée à ce qui ne tient pas uniquement par les lois du langage, et ouvre autre forme de parole.

Le corps peut se trouver au centre d'une démarche qui participe de l'idée de défier les lois de la réalité corporelle, pour faire l'expérience d'une identité unique, qui échapperait aux normes de tous acabits, à la tyrannie physiologique ordinaire. C'est le cas pour certains yogis de l'extrême, comme Stelarc, dont les *body suspensions* dans les années 80, réitérées à maintes reprises, mais jamais en France, nécessitaient la participation de plusieurs acolytes pour lui planter quantité d'hameçons et de crochets à travers la peau. Les auteurs de ces actes n'en auraient pas été moins passibles, sur notre territoire, des sanctions prévues à l'article 222-1 du

⁷⁵¹ Dans l'antiquité grecque déjà, des athlètes participent aux Jeux Panhelléniques à la gloire des Dieux, ils sont tenus de se nourrir des mêmes menus pour éviter la discrimination alimentaire et surtout à l'absorption de « produits magiques ». Les corps nus, entraînés, exposés au regard de tous, à la beauté parfaite du geste juste, sont le résultat d'une préparation physique intense dispensée par des entraîneurs, véritables « sculpteurs d'humains ».

⁷⁵² Cf. Maurice MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Tel, 1976, p. 194. Entre autres exemples fourmillants, la démarche de l'artiste Deborah de Robertis qui en 2014, au Musée d'Orsay, cuisses ouvertes, assise sous « L'origine du monde » de Courbet, expose son vagin largement écarté avec les doigts. Elle est à peine vêtue d'une robe dorée qui renvoie au cadre de l'œuvre. Ni transgression, ni exhibitionnisme prétend-elle, le personnel du musée aurait censuré son « œuvre d'art réfléchi » selon ses termes. « Personne ne m'a touchée » dit-elle, la police l'évacue dans le calme sous les applaudissements du public. L'affaire se termine par un rappel à la loi, in Henri-Pierre JEUDY, *Le corps comme objet d'art*, Armand Colin, 1998, p. 21.



Code pénal⁷⁵³, car il s'agit bien de tortures, quelle que soit la justification avancée. Cette problématique se pose notamment dans certaines pratiques du *body art*⁷⁵⁴, ou encore des *performers*⁷⁵⁵, des danseurs, des athlètes, des mannequins, dont les corps sont peints, tatoués, gravés, sculptés, déformés, meurtris, martyrisés, incisés, scarifiés, brûlés jusqu'à l'inouï, autant de « traces de douleur pour exister »⁷⁵⁶.

Mais c'est la chirurgie et la diététique qui permettent les plus grandes transformations du corps afin de construire une identité différente. Tatoueurs et pierceurs l'ornent de signes provisoires ou définitifs, la multiplicité des possibles étonne, certains rêvent même de modifier un jour la formule génétique de l'être humain pour mieux le façonner⁷⁵⁷, comme au sein d'un monde à la Huxley⁷⁵⁸. Certaines métamorphoses évoquent l'écriture, le marquage ostentatoire de l'identité réinventée au fil des événements de la vie, des plus légers aux plus dramatiques, lesquels ramènent aux corps atrocement martyrisés de la guerre⁷⁵⁹. Quand le corps est impliqué dans

⁷⁵³ L'article 222-1 al. 1 du Code pénal indique que « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

⁷⁵⁴ *Le body art* étant un ensemble de pratiques qui placent le langage du corps, voire le corps lui-même, au centre d'un travail artistique.

⁷⁵⁵ Les *performers* accomplissent des « performances concrètes » qui sont pour la plupart des actions comportementales de mise en scène de leur corps, sous un prétexte artistique présentant pour la plupart un risque immédiat, et entreprises face à un public avec lequel il peut y avoir interaction. Un public qui se retrouve presque en situation d'être en défaut d'assistance face à une personne en péril. V. art 223-6 C. pén. « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le crime ou le délit contre l'intégrité corporelle de la personne mentionnée au premier alinéa est commis sur un mineur de quinze ans ou lorsque la personne en péril mentionnée au deuxième alinéa est un mineur de quinze ans ».

⁷⁵⁶ David LE BRETON, *La peau et la trace : sur les blessures de soi*, Métailié, Traversées, 2003, p. 21.

⁷⁵⁷ Ce que Sigmund Freud préfigure quand il écrit que « L'homme s'était fait depuis longtemps un idéal de la toute-puissance et de l'omniscience, et il l'incarnait en ses dieux (...). Maintenant qu'il s'est considérablement rapproché de cet idéal, il est devenu lui-même presque un dieu. Mais seulement en vérité, à la manière dont les humains savent en général atteindre à leurs types de perfection, c'est-à-dire incomplètement : sur certains points pas du tout, sur d'autres à moitié. L'homme est devenu pour ainsi dire une sorte de dieu prophétique, dieu certes admirable s'il revêt ses organes auxiliaires, mais ceux-ci n'ont pas poussé avec lui et lui donnent souvent bien du mal », in Sigmund FREUD, *Malaise dans la civilisation*, Seuil, Points, Essais, 2010, 185 p.

⁷⁵⁸ Aldous HUXLEY, *Le meilleur des mondes*, Pocket, 2002, 284 p.

⁷⁵⁹ L'artiste allemand Albrecht Becker qui a subi la répression nazie, a résisté en tatouant sa peau quasi intégralement, en l'altérant et en la faisant presque entièrement disparaître sous un palimpseste d'arabesques, de traits, de points, de motifs et de symboles inspirés de cultures primitives. Ce procédé

une volonté de créer une identité dans une mise en scène de soi, il peut être soumis à des transformations profondes, des opérations de chirurgie esthétique aux opérations de changement de sexe, et autres mutilations, volontaires ou imposées, selon les cultures. Des pieds bandés des chinoises, au cou étiré de certaines africaines, en passant par les lèvres distendues et incrustées de plateaux et les dents limées et percées des indiens ou des africains, la silhouette est métamorphosée, modelée, déformée, découpée, explorée, percée, érotisée avec plus ou moins de violence et de symbolique⁷⁶⁰. Le champ des pratiques corporelles extrêmes qui remettent en cause la finalité sociale admise du corps, est infiniment large. Citons en vrac la pornographie par certains de ses aspects, l'excision, la circoncision, le cannibalisme, la défonce toxicomane, les pathologies alimentaires telles que l'obésité ou l'anorexie, l'alcoolisme, la prise de drogues⁷⁶¹ en tous genres, diverses formes de criminalité, la nécrophilie ... l'imagination humaine est sans bornes. Le corps s'expose, se meut, se livre, s'exploite, se contraint, se modèle, s'entaille, se blesse, il est surface d'inscription, de langage : le recours au corps, parfois envers et contre la loi, marque selon David Le Breton la défaillance de la parole et de la pensée⁷⁶².

participe d'un acte de réappropriation et d'exhibition de son identité, en opposition à l'idéologie des « corps aryens purs parfaits », in Prune CHANAY, « Becker le marqué », *Quasimodo*, n° 7, *Modifications corporelles*, citée par Simone WIENER, « À propos du tatouage, marque cruelle, écriture sur la peau », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, p. 549. Ce qui amène à évoquer la question des tatouages dans une version bien plus sombre, tels que les nazis l'ont pratiqué à Auschwitz-Birkenau, marque à la fois d'une ré-identification sordide, et d'un effacement, d'une abolition des personnes humaines ; barbarie dont Primo Levi témoigne en ces termes : « Alors, pour la première fois, nous nous apercevons que notre langue manque de mots pour exprimer cette insulte : la démolition d'un homme. En un instant, dans une intuition quasi prophétique, la réalité nous apparaît : nous avons touché le fond. Il est impossible d'aller plus bas : il n'existe pas, il n'est pas possible de concevoir condition humaine plus misérable que la nôtre. Plus rien ne nous appartient : ils ont pris nos vêtements, nos chaussures, et même nos cheveux ; si nous parlons, ils ne nous écouteront pas, et même s'ils nous écoutaient, ils ne nous comprendraient pas. Ils nous enlèveront jusqu'à notre nom : et si nous voulons le conserver, nous devons trouver en nous la force nécessaire pour que derrière ce nom, quelque chose de nous, de ce que nous étions, subsiste (...). Häftling : j'ai appris que je suis un Häftling. Mon nom est 174 517 ; nous avons été baptisés et aussi longtemps que nous vivrons nous porterons cette marque tatouée sur le bras gauche », in Primo LEVY, *Si c'est un homme*, Julliard, 1987, p. 26-27.

⁷⁶⁰ On peut penser notamment à l'univers gothique, ce mouvement post punk soixante-huitard hors normes, qui développe un phénomène de violence vers soi, une esthétique de la douleur, de chair mortifiée, et d'attaques comme la scarification.

⁷⁶¹ Certaines substances illicites troublent la chimie intérieure, elles altèrent toute la mécanique physiologique, elles permettent de s'évader de soi, et peuvent donner l'impression qu'une personne devient radicalement quelqu'un d'autre, in Serge HEFEZ, « Drogue ou médicament, sortir du paradoxe ? », *Cultures en mouvement*, n°58, 2003.

⁷⁶² David LE BRETON, *La peau et la trace : sur les blessures de soi*, Traversées, Métailié, 2003, 144 p.

On assiste aujourd'hui à une sorte de retournement car l'ancrage corporel de l'existence perd de sa puissance. Des « prothèses » techniques, électroniques, ont même réduit et atrophié l'usage du corps⁷⁶³ qui devient occasionnellement un peu « cyborg », hybridé à quantité d'appareils électroniques, et ces « prothèses » dont l'intégration corporelle se banalise, ont des incidences qui interrogent autant la psychanalyse que le droit. La synergie entre les progrès scientifiques dans les nanotechnologies, la biologie, l'informatique, l'intelligence artificielle, les sciences cognitives et la robotique semble modifier peu à peu l'état naturel du corps humain. Mais la civilisation ne trace pas clairement les limites à ne pas franchir face aux nouvelles technologies numériques et biomédicales, face aux courants transhumanistes qui annoncent déjà « l'amélioration » de notre espèce. Le corps est vécu comme artefact de la présence, un peu comme un matériau dissocié, modulable. Ses frontières, qui sont simultanément les limites identitaires de soi, sont troublées, et le corps est envisagé comme un « membre surnuméraire », dont certaines représentations sociales l'incitent à se débarrasser⁷⁶⁴, une configuration dans laquelle la modernité n'opposerait plus l'esprit au corps, mais l'homme à sa propre matière.

Norbert Wiener⁷⁶⁵, a inauguré une sorte de « métamorphose du vivant », dans laquelle le corps devient superflu, comme s'il n'était qu'une mécanique maladroitement et fragile⁷⁶⁶ en charge de l'esprit. Pour Wiener, si l'homme est un faisceau d'informations condensées, si l'organisme est un message, il est synthétisable, alors il fantasme l'idée de télécharger l'esprit humain dans un ordinateur pour qu'il abandonne son corps. À la même époque, Alan Turing⁷⁶⁷, lance le débat

⁷⁶³ Escalators, ascenseurs, tapis roulants sont incontournables, « l'humanité urbanisée devient une humanité assise », dit Paul VIRILIO, cité par David le Breton, in David LE BRETON, *L'adieu au corps*, Métailié, Suite essais, 2013, p. 21.

⁷⁶⁴ David LE BRETON, *La sociologie du corps*, PUF, Que sais-je, 2016, p. 113.

⁷⁶⁵ Théoricien et chercheur en mathématiques appliquées, père fondateur de la cybernétique dans les années 50, en tant qu'étude des systèmes qui englobent vivant et machine saisis dans leurs comportements.

⁷⁶⁶ Machine que l'on restaure d'ailleurs dès qu'elle s'abîme, dès qu'elle se déprécie, quand de « vieilles pièces » sont remplacées par des neuves ou du moins des plus jeunes, en meilleur état, au moyen de « pièces de rechange », telle que cheveux, greffes, etc.

⁷⁶⁷ Mathématicien et cryptologue britannique auteur de travaux qui fondent scientifiquement l'informatique, et qui s'intéresse aux modèles de morphogenèse. Il contribue au débat sur la possibilité de l'intelligence artificielle, en proposant le test de Turing, qui consiste en une exploration de la faculté d'une machine à imiter la conversation humaine. Il décrit cette procédure consiste à mettre un humain en confrontation verbale à l'aveugle avec un ordinateur et un autre humain dans sa publication *Computing machinery and intelligence*. Si la personne qui initie les conversations n'est pas en mesure

sur le statut de la machine, soulevant en contrepoint la question de l'être humain : le corps est ennuyeux, la sensorialité est hors-jeu, l'esprit seul existe en la matière, l'homme n'en aurait même pas le monopole. Il défend une vision mécaniste et informatique du vivant, éliminant autant que possible les différences entre l'homme et la machine : l'absence de corps n'est plus un obstacle, seul compte l'esprit en tant qu'il contient l'intelligence qui est un mode de traitement de l'information. Le cerveau est contenu dans un corps, et ce « détail » est écarté par analogie avec les peaux d'oignon⁷⁶⁸. L'esprit de l'être humain n'est qu'un jeu d'informations, et sur le plan technique l'oignon prend un nom : l'ordinateur⁷⁶⁹.

À l'ère de la transformation des corps avec la mise en place de cerveaux électroniques, la technique dissout les frontières de l'identité humaine. On compare l'homme à la machine, et si son corps n'est pas subordonné, ou couplé à divers appareils, il apparaît amoindri. Telles des prothèses anatomiques, les téléphones portables, calculettes, GPS instituent une délégation de fonction qui ne libère pas de nouvelles compétences humaines, mais inhibent des circuits neuronaux, déconstruisent une architecture cérébrale, effacent des gestes corporels et sont à l'origine d'une véritable rupture anthropologique ; la digitalisation semble modifier la nature et l'identité intrinsèque du vivant⁷⁷⁰. Alors, « le danger, c'est d'imaginer que l'on puisse se passer du corps »⁷⁷¹. La question qui se pose devient alors « qui est qui ? », et l'on peut s'inquiéter de savoir quel type de puce pourra être implantée, comment elle interfèrera avec le psychisme de la personne « équipée », avec quelle intensité et quelle autonomie ? Et si le corps est aujourd'hui plus « accessoire » à personne - *accessorium sequitur principale* - qu'advierait-il si la personne devenait elle-même l'accessoire de ce corps connecté, bientôt robotisé ? Un

de déterminer lequel de ses interlocuteurs est l'ordinateur, on peut estimer que le logiciel de l'ordinateur a passé le test avec succès.

⁷⁶⁸ « En considérant les fonctions de l'esprit ou du cerveau, nous découvrons certaines opérations qui peuvent s'expliquer en termes purement mécaniques. Nous disons que cela ne correspond pas à l'esprit réel : c'est une espèce de peau que nous devons enlever si nous voulons trouver l'esprit réel. Mais dans ce qui reste, nous rencontrons une autre peau à enlever, et ainsi de suite. En continuant de cette manière, arriverons-nous jamais à l'esprit « réel », ou arrivons-nous finalement à la peau qui ne contient rien ? Dans ce dernier cas, l'esprit est entièrement mécanique », in Alan Mathison TURING, « Les ordinateurs et l'intelligence », in Anderson A. R., *Pensée et machine*, Seyssel, Champ Vallon, 1983, pp. 39-67.

⁷⁶⁹ David LE BRETON, *Sociologie du risque*, op. cit., p. 103.

⁷⁷⁰ Miguel BENASAYAG, in Marion ROUSSET, Entretien avec Miguel Benasayag, « Cohabiter avec le digital sans être écrasé par lui, voilà le défi », *Télérama*, publié en ligne le 02/06/2016, mis à jour le 01/02/2018.

⁷⁷¹ Miguel BENASAYAG, *Cerveau augmenté, homme diminué*, La Découverte, 200 p.

corps plus beau, plus intelligent, plus réactif, doté de pouvoir surnaturels mais qui gommara les différences identitaires.

On peut espérer que ces transformations artificielles du corps, en dépit de leurs performances grandissantes, n'atteindront jamais ce qui fait l'identité de chacun. Il reste que le corps est une mesure du monde, comme un filet jeté sur l'infinitude de stimulations qui assaillent l'être au fil de son existence quotidienne, et qui retient dans ses mailles tout ce qui lui paraît signifiant.

Conclusion du chapitre I

Au début de ce chapitre, nous nous sommes interrogés sur la signification juridique de l'affirmation selon laquelle « la personne est un corps ». Nous avons montré que si le corps est un élément d'identification objective de la personne, il n'est pas détachable de l'appareil psychique et que l'opposition corps/esprit n'a plus guère de sens. L'identité de la personne résulte donc d'une articulation complexe entre ce que la personne pense, ce qu'elle perçoit de son corps et ce qui est perçu par les autres. Réduire juridiquement l'être au corps serait prendre le risque de céder aux fantasmes d'une essentialisation ou encore d'une réification car le corps se transforme aujourd'hui artificiellement.

Si le juriste peut s'illusionner avec la sacralisation du corps dans le Code civil, il apparaît que la réalité est plutôt menaçante, car toute modification du corps entraîne inévitablement une modification de la perception de l'identité personnelle. « Le droit des corps est lui encore embryonnaire, il fait partie des « trous » du droit, de ses angles morts »⁷⁷² nous dit Mathieu Reynier. Le réel nous confronte à la nécessité de penser le passage de l'être à l'avoir pour interroger la manière dont nous possédons notre corps. Nous essaierons de montrer que si personne ne se réduit à n'être qu'une machinerie de chair, personne n'a simplement son corps,

⁷⁷² André DEMICHEL cité par Francine Demichel in Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, Bordeaux, Les Études Hospitalières, coll. Thèses, 2011, p. 16.

puisque l'esprit n'est pas un éther indépendant, il est bien chevillé à la chair⁷⁷³. La personne humaine est son corps, et tout en même temps, elle l'a, comme s'il y avait « transpiration de l'être dans l'avoir »⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Selon l'idée de Simone de Beauvoir, « la femme comme l'homme est son corps, mais son corps est autre chose qu'elle », in Simone de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Gallimard, Folio Essais, 1986, p. 66.

⁷⁷⁴ Jean-Joseph GOUX, *Accrochages*, Éd. Des femmes, 2007, cité par Jacques GODBOUT, *Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre*, Le Seuil, La couleur des idées, p. 183.

Chapitre II

Le corps comme avoir

« *Ce corps qui est mien. Ce corps qui n'est pas le mien. Ce corps qui est pourtant le mien. Ce corps étranger. Ma seule patrie. Mon habitation. Ce corps à reconquérir. Cette fatigue. Cet écrasement. Cette broyance de la vie qui résiste. Cette broyance du corps qui ne peut ni vaincre, ni capituler* »⁷⁷⁵.

Jeanne Hyvrard

Dans une pièce de Shakespeare, *Le Marchand de Venise*, le marchand Antonio emprunte de l'argent à l'usurier Shylock. Certain de le rembourser à terme sans difficulté, il s'engage à ce que son créancier puisse lui prélever une livre de chair en cas de défaut de paiement. L'échéance survient, Antonio est incapable d'y faire face, et Shylock insiste⁷⁷⁶ pour que le contrat soit appliqué à la lettre, exigeant de surcroît de ne pas être payé d'une livre de fesse, mais du cœur même d'Antonio ... Cette histoire amène directement à la question du sens juridique de l'« avoir » de son propre corps. L'« avoir » représente, au sens courant, l'ensemble des biens d'une personne, ce sont les choses matérielles et immatérielles, qui lui appartiennent, c'est l'actif de son patrimoine. Le corps humain en tant qu'avoir, peut sans doute évoquer l'idée de

⁷⁷⁵ Jeanne HYVRARD, *La meurtriture*, Éditions de Minuit, 1977, 147 p., citée par Michaela MARZANO, *Penser le corps*, PUF, Questions d'éthique, 2014, p. 117.

⁷⁷⁶ « Il m'a humilié, et m'a fait perdre un demi-million ; il s'est gaussé de mes pertes, s'est moqué de mes gains, il a méprisé ma nation, gêné mes affaires, refroidi mes amis, échauffé mes ennemis. Et tout cela pourquoi ? Je suis juif. Un Juif n'a-t-il pas des yeux ? Un Juif n'a-t-il pas des mains, des organes, des dimensions, des sens, de l'affection, de la passion ; nourri avec la même nourriture, blessé par les mêmes armes, exposé aux mêmes maladies, soigné de la même façon, dans la chaleur et le froid du même hiver et du même été que les Chrétiens ? Si vous nous piquez, ne saignons-nous pas ? Si vous nous chatouillez, ne rions-nous pas ? Si vous nous empoisonnez, ne mourrons-nous pas ? Et si vous nous bafouez, ne nous vengerons-nous pas ? (...) La méchanceté que vous m'apprenez, je la mettrai en pratique, et vous pouvez compter sur moi pour que je la perfectionne. (...) Tubal, va-t'en louer pour moi les services d'un huissier. Réservez-le quinze jours à l'avance. S'il ne paie pas, je lui arracherai le cœur car, sans lui je pourrais faire à Venise toutes les affaires que je voudrais », in William SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Œuvres complètes, tome I, 1959, Shylock, Acte III, scène 1, pp. 1234-1235.

possession⁷⁷⁷, peut-être de propriété privée⁷⁷⁸ en correspondance avec le sentiment de s'appartenir à soi-même, ou encore d'un pouvoir organisé juridiquement au profit d'une personne sur sa propre enveloppe considérée comme son « bien », la pleine propriété de ce bien constituant le type le plus achevé de droit réel. Un droit qui permet à son propriétaire d'en user, d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus exclusive, la plus absolue qui soit, hormis les restrictions prévues par la loi, comme l'énonce l'article 544 du Code civil⁷⁷⁹ depuis plus de deux siècles. Mais comment ces restrictions s'appliqueraient-elles à notre propre corps ? Il est vrai qu'il y a bien les normes, les lois, les règles, les décisions, et qu'il y a plus spécifiquement les principes d'indisponibilité⁷⁸⁰ et de non-patrimonialité⁷⁸¹ du corps humain, posés par le droit, parce que le corps n'est pas « qu'un tas de viande ou équivalent à une somme d'argent »⁷⁸², il y a tout cela, oui, mais il y a aussi la vie, il y a l'envie d'une liberté de disposer de son corps (Section I), et d'en jouir comme d'un patrimoine foncièrement intime (Section II).

⁷⁷⁷ Selon le dictionnaire juridique, la possession est « un pouvoir de fait, une détention matérielle exercée sur une chose avec l'intention de s'en affirmer le maître (*animus domini*), c'est la maîtrise effective manifestée sur une chose possédée par des actes de propriétaire, avec une « âme » de propriétaire », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 776.

⁷⁷⁸ La propriété étant un « terme issu du latin *proprietas*, de *proprius*, propre, donc qui appartient en propre à quelqu'un, sans partage, de *pro privo*, pour un particulier privé », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 819.

⁷⁷⁹ L'art. 544 du C. civ., créé par Loi 1804-01-27 promulguée le 6 février 1804, dispose que « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁷⁸⁰ L'indisponibilité est « la qualité d'un bien, ou d'un droit, qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition », (par exemple d'aliénation), la disposition consistant en l'action de pouvoir disposer d'un bien à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Le bien disponible est donc par opposition celui dont il est possible de disposer librement, in Gérard Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 539.

⁷⁸¹ La patrimonialité est « le caractère de ce qui est patrimonial, c'est l'appartenance au patrimoine, indiquant que l'élément revêtu de cette qualité constitue une valeur appréciable en argent et impliquant la cessibilité et la transmissibilité de ce bien », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 745.

⁷⁸² Dominique FENOUILLET, « Respect et protection du corps humain. Protection de la personne », *Jurisclasseur civil*, fasc. 10, n° 50.

Section I

La liberté de disposer de son corps

Tenter de penser le lien entre le sujet de droit et son corps est sans aucun doute une entreprise qu'Hannah Arendt qualifierait de « dangereuse »⁷⁸³. Xavier Bioy dans sa thèse faisait déjà ce constat : « La prise en compte du corps se présente comme la principale carence du droit »⁷⁸⁴. Les concepts d'indisponibilité⁷⁸⁵ et de disponibilité⁷⁸⁶ du corps humain ont été forgés pour tenter de répondre à cette difficulté, énoncés non par des textes juridiques mais par la Cour de cassation⁷⁸⁷. Sur le terrain juridique, ces termes ont vite montré leurs limites. Le mot « disponibilité » exprime la qualité de ce qui est libre ou vacant, de ce que l'on peut saisir⁷⁸⁸,

⁷⁸³ « Il n'existe pas de pensée dangereuse pour la simple raison que le fait de penser est en, lui-même une entreprise très dangereuse. Mais ne pas penser est encore plus dangereux. Ne pas réfléchir, c'est plus dangereux encore », Hannah ARENDT, « Entretien avec Roger ERRERA », ORTF, Un certain regard, 6 juillet 1974.

⁷⁸⁴ Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, p. 341.

⁷⁸⁵ Ce principe traduit l'idée de quelque chose de si fondamentalement attaché à la personne que celle-ci ne puisse ni en être dépossédée au gré d'aucune volonté individuelle, ni pouvoir accepter d'en être privée. Il va dans le sens de l'article 16-1 du C. civ. qui en énonçant que « chacun a droit au respect de son corps », entretiendrait l'illusion d'une séparation entre la personne et son corps.

Pour un historique précis et rigoureux de cette notion, v. Marie-Xavière CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, préf. Véronique Champeil-Desplats, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, 2018, 750 p.

⁷⁸⁶ Par principe le corps humain est indisponible, mais la réalité est toute autre. Nos corps nous permettent de travailler (cf. Thierry REVET, *La force de travail. Étude juridique*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, 727 p.), pour créer, pour chercher, pour étudier, et en tant que matière, il peut être perçu comme « aliénable, manipulable, modifiable, utilisable », in Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, Bordeaux, Les Études Hospitalières, Thèses, 2011, p. 136. La disposition renvoie au droit de propriété, et ce qui est aujourd'hui revendiqué au titre d'une libre disposition de son corps est le plus souvent le fait de pouvoir consentir à ce qu'autrui puisse y porter atteinte.

⁷⁸⁷ La haute juridiction judiciaire l'a consacré à l'occasion d'une affaire qui concernait un contrat de gestation pour autrui, Ass. Plén., 31 mai 1991 (90-20.105). Une décision qui vise « le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », réaffirmé par la suite par Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994.

⁷⁸⁸ On la retrouve en droit privé dans plusieurs matières, par exemple le droit de la consommation (l'idée de disponibilité concerne les pratiques commerciales trompeuses dès lors qu'elles sont contraires à « l'existence, la disponibilité ou la nature du bien et ou du service », c'est l'art. L121-1 du Code de la

de ce dont on peut librement disposer, jusqu'à l'aliénation ; c'est aussi un état d'esprit quand les sentiments, les actions ou le jugement ne sont restreints par aucun engagement⁷⁸⁹. Les êtres humains ont la conscience d'un sentiment de possession instinctif de leur propre matérialité : « Je suis mon corps, il m'appartient »⁷⁹⁰. Or sommes-nous libres de notre corps, dans le sens où la liberté serait du côté du permis, et où tout interdit serait l'ennemi de la liberté ?⁷⁹¹ Sommes-nous absolument maîtres de notre corps, ou au contraire avoir un corps engage-t-il des obligations ? Vis-à-vis de quoi ou de qui ?

L'idée de libre disposition du corps humain n'est pas simplement une question juridique ; à travers les folies corporelles auxquelles on peut avoir envie de se livrer, les usages du corps sont aussi affaire de fantasme, de désir et d'inconscient et il est important de restituer au concept de disponibilité toute son économie. Si à première vue, la libre disposition de notre propre corps semble une évidence infrangible, l'idée de pure liberté en ce sens confine juridiquement à l'aporie (I), d'autant plus que la personne humaine ne dispose de sa propre « enveloppe » que de façon éminemment précaire (II).

I. Une liberté aporétique

« C'est dans la maladie que nous nous rendons compte que nous ne vivons pas seuls mais enchaînés à un être d'un règne différent dont des abîmes nous séparent, qui ne nous connaît pas et duquel il est impossible de se faire comprendre : notre corps »⁷⁹².

Marcel Proust

La liberté de disposer de son corps est devenue un mot fétiche, brandi comme un argument fondamental. C'est une sorte de pré carré de chacun qui sert de protection ou encore de forteresse contre toutes atteintes potentielles ou réelles⁷⁹³. Dans cet espace borné par des

consommation), le droit commercial, ou le droit civil quand l'indisponibilité d'un bien est incompatible avec la constitution d'une sûreté réelle.

⁷⁸⁹ V. « Disponible », in André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 239.

⁷⁹⁰ Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, op. cit., p. 138.

⁷⁹¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Hors collection, 2018, p. 180.

⁷⁹² Marcel PROUST, *Le côté de Guermantes*,

⁷⁹³ Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., 2018, pp. 7-10.

interdits (A) notre rapport à cette liberté est vécu comme contradictoire, car quand on multiplie les expériences aux confins de ce qui est permis (B), on s'aperçoit qu'elle masque aussi une forme de tyrannie des modes de vie⁷⁹⁴.

A. Liberté et interdits

« Je veux qu'il me batte, moi (...) Il me plait d'être battue »⁷⁹⁵.

Molière

Le corps humain, depuis les premières dissections d'André Vésale à son objectivisation scientifique, technique, esthétique, sportive, économique ou artistique, fait l'objet de réalisations et de désirs si nombreux et divers que l'on peut se demander si le lien qui unit la personne humaine à son propre corps est celui de la liberté. La question de la « liberté » juridiquement accordée à la personne humaine quant à la disposition de son corps est en soi un concept difficile à définir, d'une part du fait de la confusion sujet/objet, et d'autre part, du fait que nous rejoignons Hannah Arendt qui estime que répondre à la question de « qu'est-ce que la liberté » est aussi impossible que de « former la notion d'un cercle carré »⁷⁹⁶. La liberté comme concept philosophique est source d'insolubles dilemmes, et le croisement de la concrétude du corps humain avec l'abstraction de l'idée de liberté est troublant, alors même qu'elle est juridiquement apparentée à un « bienfait suprême » consistant pour un individu à vivre hors de toute sujétion (ce à quoi la psychanalyse ne peut qu'objecter), domination intérieure ou étrangère ; c'est la situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il l'entend toutes ses facultés⁷⁹⁷ (même remarque). Or comment la personne humaine pourrait-elle être affranchie non seulement de toute servitude intérieure, et n'être de surcroît pas soumise à l'autorité plus ou moins contraignante de l'État ? Les juristes peuvent respecter profondément certaines expressions de la liberté humaine, mais l'absoluité de la liberté politique, juridique, psychique, physique n'existe pas. La liberté à laquelle les

⁷⁹⁴ Mark HUNYADI, *La Tyrannie des modes de vie. Sur le paradoxe moral de notre temps*, Lormont, Le Bord de l'eau, Documents, 2015, 111 p.

⁷⁹⁵ Molière, *Le Médecin malgré lui*, Acte 1, scène II (M. Robert, Sganarelle, Martine).

⁷⁹⁶ Hannah ARENDT, « Qu'est-ce que la liberté », in *La crise de la culture*, Folio Essais, Gallimard, 1989, p. 186.

⁷⁹⁷ V. « liberté », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 609-610.

juristes se réfèrent doit sa consistance à de grands courants d'idées ou à de célèbres auteurs⁷⁹⁸, voire à des modes philosophiques inéluctablement divers et évolutifs.

Soit la volonté individuelle prime, l'État n'intervient pas quand l'individu pose des choix qui ne concernent que lui-même, et il ne se manifeste que si des tiers sont concernés, c'est la pensée de Tocqueville⁷⁹⁹ : « Dans tout ce qui concerne les devoirs des citoyens entre eux, l'individu est donc devenu sujet. Dans tout ce qui ne regarde que lui-même, il est resté maître : il est libre et ne doit rendre compte de ses actions qu'à Dieu (...), chacun est le meilleur juge de ce qui ne regarde que lui-même ». Soit, au contraire, « la liberté s'institue par l'interdit d'y renoncer, le droit s'impose aux droits qui ne se confondent pas avec tous les intérêts ou désirs humains »⁸⁰⁰. L'ordre juridique issu de l'État impose de respecter des valeurs fondamentales et prohibe certains comportements même en l'absence d'atteinte aux droits d'autrui, l'individu est alors protégé malgré lui⁸⁰¹. Car le désir est sans limite, mais l'interdit le remet sur les rails. L'impératif premier n'est plus la liberté, mais celle-ci se concilie avec l'égalité, la dignité et d'autres valeurs morales.

Notre système juridique hésite naturellement à déterminer la place du curseur, des bornes de la liberté individuelle⁸⁰² : avortement mais pas gestation pour autrui, piercing mais pas

⁷⁹⁸ La liberté proclamée en 1789 peut, entre autres, être lue avec en creux les œuvres de John Locke ou de Jean-Jacques Rousseau, puis plus tard Benjamin Constant et de nombreux autres hommes et femmes de lettres.

⁷⁹⁹ Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1992, 1^{ère} partie, chap. V, 4 « De l'existence communale », p. 68.

⁸⁰⁰ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant, matière à procès », *in Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 92.

⁸⁰¹ L'ordre public de protection en limitant la liberté individuelle prend en compte la situation concrète et particulière des parties, tout autant que l'intérêt général, il s'agit alors véritablement de concilier liberté et égalité. C'est le cas par exemple des personnes vulnérables. La vulnérabilité peut de manière tout à fait intéressante être alléguée pour protéger la personne vulnérable non pas seulement vis-à-vis d'un tiers, mais vis-à-vis d'elle-même dans la mesure où sa capacité à s'engager, à consentir peut-être douteuse. Ce qui importe, c'est la protection de l'ordre social.

⁸⁰² Muriel Fabre-Magnan explique que « les interdits sont aujourd'hui souvent analysés comme marquant une volonté paternaliste dépassée de protéger les personnes contre elles-mêmes. Les adultes « consentants n'auraient pas besoin de la protection du droit et sauraient mieux que quiconque quels sont pour eux les bons choix de vie », *in* Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté, op. cit.*, p. 184.

cryogénisation, circoncision mais pas excision, suicide⁸⁰³ mais pas euthanasie⁸⁰⁴. Avec la préservation de la vie privée par les grands textes de protection des droits de l'homme est apparue l'idée d'autodétermination comme composante de la liberté individuelle, que l'on peut définir entre autres comme « la qualification de la relation que chacun peut entretenir avec son propre corps »⁸⁰⁵. Les articles 16, et 16-1 à 16-9 du Code civil, articulés avec les principes d'autonomie personnelle dérivés du droit à la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, laissent aujourd'hui à l'individu une marge de manœuvre étendue. Le droit prescrit des normes de comportement de la personne humaine vis-à-vis de son corps ou de celui d'autrui en l'assimilant au respect des bonnes mœurs, comme « conception coutumière de ce qui est moralement admissible »⁸⁰⁶. Il n'en reste pas moins que les mœurs sont une notion éminemment instable, qu'elles soient « bonnes » ou non. Et fatalement, l'homme raisonnable, cet étalon du droit civil en a une idée très subjective, pas forcément rationnelle ou « normale », tout animé qu'il est de pulsions, de passions, de désirs qui siègent en son corps, et que le droit s'évertue à discipliner à régenter. En fait de mœurs, le domaine des valeurs protégées par le Code pénal a considérablement rétréci⁸⁰⁷, le concept semble presque désuet, tant les critères qui précisent la frontière entre le licite et l'illicite deviennent sujets à caution. La morale également, telle que le droit l'assimile, évolue en un concept indéfiniment discutable dont le droit étatique ne se fait plus le relais

⁸⁰³ Le suicide ne constitue plus depuis 1810 une infraction pénale. Quand une personne se met de son seul fait en danger de mort, le droit n'a pas véritablement le pouvoir de le lui interdire ou de la protéger contre elle-même. Le suicide n'est bien entendu pas un droit mais une liberté individuelle qui relève du « choix » intime, encore que les psychanalystes auraient beaucoup à dire sur cette « liberté ». C'est même une liberté « au sens mou », très peu protégée, puisque le droit, même s'il ne l'interdit pas, et ne peut d'ailleurs la contrôler, n'y apporte pas sa caution. Seul le cas du respect d'une personne à en finir avec la vie par exemple par la cessation d'un traitement médical, quand cette décision met sa vie en danger de mort, constitue un droit. La propagande pour tout moyen de se suicider est interdite, tout comme peut être civilement condamnable le fait d'avoir causé un suicide par exemple par la dureté - notamment psychique - de conditions de travail.

⁸⁰⁴ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 et encadrement de l'euthanasie par la loi de 2002 sur le droit des malades, loi Clayes-Léonetti du 2 février 2016 relative aux droits des patients en fin de vie, qui leur accorde notamment un droit à une « sédation profonde et continue jusqu'au décès ».

⁸⁰⁵ Jacques ROBERT, « Le corps humain et la liberté individuelle en droit français », in *Le corps humain et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, (Journées belges de Bruxelles, tome XXVI, Liège, Gand et Louvain), Dalloz, 1977, p. 463.

⁸⁰⁶ Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits*, PUF, 2009/1, n° 49, p. 59.

⁸⁰⁷ *Ibid*, p. 62.

mécanique⁸⁰⁸. Parfois confondue avec certains préjugés, elle est aujourd'hui largement laissée à la conscience individuelle ; ce qui peut heurter la morale privée n'est pas *ipso facto* prohibé par le droit⁸⁰⁹.

Alors, la prescription morale affaiblie⁸¹⁰, et les bonnes mœurs passées en désuétude⁸¹¹, la dignité émerge en renfort, comme droit fondamental de la personne humaine au regard de l'insuffisance avérée de droits reconnus à l'homme, en tant qu'individu libre, autonome, doté d'une vie privée⁸¹². Elle a valeur positive, inscrite à l'article 16 du Code civil⁸¹³, constitutionnalisée en 1994⁸¹⁴, affirmée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme « essence même de la Convention »⁸¹⁵. Elle transcende la volonté humaine⁸¹⁶, nul ne peut y renoncer, ni pour lui-même, ni pour autrui, il n'est pas possible de consentir contractuellement à ce qu'elle soit bafouée⁸¹⁷. Il s'agit de la protection de soi, et de celle de tiers éventuellement

⁸⁰⁸ Diane ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, Recueil Dalloz 2005, Chron. p. 1508.

⁸⁰⁹ *Ibid*, p. 1509.

⁸¹⁰ Au fil des grands arrêts de la CEDH *Dudgeon c/ Royaume Uni* 22 octobre 1981, *Norris c/ Irlande* 25 octobre 1988, *Laskey c/ Royaume-Uni* 19 février 1997, les deux premiers à propos de la cause homosexuelle, le troisième en matière de sadomasochisme. Dans cette affaire du 19 février 1997, la CEDH précise que des juges peuvent condamner des individus pour coups et blessures infligés entre adultes consentants dans le cadre de pratiques sadomasochistes, malgré les dispositions de l'article 8 de la Convention EDH sur le respect de la vie privée, l'État n'outrepasant pas sa marge d'appréciation en protégeant ses citoyens d'un risque réel de dommages corporels ou de blessures, v. *Dalloz* 1998. 97, note Larralde ; *JCP* 1998. I. 107, n°32, obs. Sudre ; *RTDCiv.* 1997, 1013, obs. Marguénaud.

⁸¹¹ Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, Partage du savoir, 2005, 248 p.

⁸¹² Droits de l'homme qui « étaient en parfaite harmonie avec les aspirations d'une époque délibérément prise au mirage de libertés sans limites », in Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis droit, 2^{ème} éd., 2004, p. 246.

⁸¹³ Art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

⁸¹⁴ « La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle », in Conseil constitutionnel, décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, D. 1995, Jur. p. 237, note Bertrand MATHIEU.

⁸¹⁵ « La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention », in *Pretty c/ Royaume-Uni*, *supra* 18, § 65.

⁸¹⁶ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », (CEDH, 1^{ère} sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c / Belgique), *Recueil Dalloz*, 2005, Chron., p. 2979.

⁸¹⁷ Le commissaire du gouvernement M. Frydman concluait dans l'affaire du lancer de nains, *CE* 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* : « Le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait en effet s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même, par exemple, que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci leur caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement

en présence, elle fait obstacle à ce que le sujet s'inscrive dans un processus de chosification. Subjectivement appréciée⁸¹⁸, parfois arbitrairement décrétée⁸¹⁹, la notion est à sensibilité tellement variable, que Jacques Amar écrit : « la banalisation de la violence, de la maltraitance, sont autant de symptômes d'un monde dans lequel le surgissement de la cruauté rencontre la paralysie des individus dont le sens moral a été dissous par leur devenir-animal, soit la survalorisation de leur sensibilité au détriment de leur raison »⁸²⁰. Certaines atteintes au corps, violentes, triviales, non requises médicalement, infligées sous prétexte artistique⁸²¹ ou sexuel⁸²²

dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent », in *RFDA 1995*, p. 1204. V. aussi Sacher MASOCH, *La Vénus à la fourrure*, Garnier, Les grands classiques de la littérature libertine, 2011, 250 p. : un roman dans lequel le « contrat » de sadomasochisme n'a aucune prétention juridique.

⁸¹⁸ Muriel Fabre-Magnan explique que « les juges français, cédant à la facilité d'un argument apparemment péremptoire, ont ainsi galvaudé et banalisé le concept de dignité de la personne humaine. Ils en ont fait un « droit à la dignité », c'est-à-dire une prérogative qui serait attribuée aux individus (ce qu'on appelle un droit subjectif) à l'instar du droit de propriété ou encore du droit au respect de la vie privée, le confondant alors souvent avec le droit à l'honneur ou à la considération dus à une personne particulière, ou encore avec son droit à l'image », in Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Hors collection, 2018, p. 252.

⁸¹⁹ Manuel WACKENHEIM, nain de son état, lancé contre des matelas, jusqu'à trois fois par semaine, protestait, après l'interdiction de cette activité : « Les putes gagnent bien leur vie avec leur cul. Pourquoi je ne pourrais pas être lancé en France, elle est où, la liberté d'expression ? », in Interview par Quentin Girard, *Manuel Wackenheim, cloué au sol*, Libération, 30 janvier 2014.

⁸²⁰ Jacques AMAR, « Cruauté : quand la sensibilité fait le droit », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, pp. 583-601.

⁸²¹ Cf. Mathieu REYNIER, « Lorsque j'étais une œuvre d'art », in Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, op. cit., pp. 222-225.

⁸²² La Cour Européenne des Droits de l'Homme qui avait déjà énoncé le 29 juin 2002, lors de l'affaire *Pretty /c. Royaume Uni* que la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues « comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne », illustre et renforce cette posture idéologique le 17 février 2005, dans l'affaire *K. A. et A. D. c. / Belgique*, n° 42758/98, 45558/99§ 83-84. Le litige concernait deux justiciables de nationalité belge, condamnés par la loi pénale de leur pays pour pratiques attentatoires à la dignité humaine ; ils avaient fait appel de cette décision devant la Cour de Strasbourg, au motif qu'ils avaient été condamnés au mépris de l'article 8 de la Convention EDH, relatif à la protection de la vie privée. Il s'agissait d'une affaire de pratiques typiquement sadomasochistes accomplies entre adultes *a priori* consentants. Le trio impliqué consistait en deux amis, l'un médecin, et l'autre magistrat, et la femme de l'un d'entre eux qui avait accepté de participer à ces « jeux », au bénéfice pour elle de probables sensations fortes, voire d'une possible jouissance. Mais la brutalité des gestes de ses deux bourreaux devint une torture telle, qu'elle ne suscita en fin de compte chez la victime, qu'une intolérable souffrance dont il ne fut tenu aucun compte par les deux acolytes, malgré les supplications de leur victime. Lourdemment condamnés par la juridiction belge, ils se virent ensuite encore déboutés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, mais seulement pour *avoir méconnu l'absence de consentement* de leur victime subissant ces pratiques presque attentatoires à la vie. La question se pose de comprendre pourquoi la Cour Européenne des Droits de L'Homme permet, dès lors que le contexte est sexuel, que des sévices incroyablement dégradants et barbares puissent être commis en toute impunité si la victime y consent.

amènent à se demander si elles ne relèvent pas plus de « troubles mentaux » symptomatiques⁸²³ que d'aspiration à une véritable liberté corporelle.

L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 indique que la liberté est le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, tout en reconnaissant que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits ». En outre, la pensée doctrinale majoritaire se rallie pour assimiler la liberté à une faculté d'agir ou non, et donc de jouir d'un pouvoir d'autodétermination, d'une autonomie, en ce sens que le corps devienne un puissant vecteur de mise en œuvre des libertés humaines. Or, la notion d'autonomie, du grec *αὐτονομία*, *autonomia* - le droit de pouvoir se déterminer soi-même, droit reconnu à la personne humaine par la CEDH⁸²⁴ - requiert une analyse prudente car elle ne peut en effet se concevoir qu'à partir de la réalité psychique intime articulée à la réalité culturelle et sociale, à l'intellect, à l'intégration, de valeurs. Et la grande et subversive nouveauté freudienne, c'est d'avoir assimilé la nature à la pulsion et la culture à son refoulement. La liberté n'est pas un concept psychanalytique, Freud l'emploie très rarement⁸²⁵, il lui donne le sens d'une poussée libidinale extrêmement ambivalente, car toujours sous-tendue par une pulsion de mort que dénie la civilisation, entravée par la nécessité où se trouvent les êtres humains de vivre en communauté⁸²⁶. La liberté absolue

⁸²³ Patrick MEROT, « Art corporel : le corps, entre pensée sublimatoire et pensée opératoire », *Revue française de psychanalyse*, vol. 69, 2005, p. 1584.

⁸²⁴ C'est l'affaire Cour EDH 29 avril 2002, *Pretty /c. Royaume Uni*, n° 2346/02, dans laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît pour la première fois, et en termes mesurés, que les dispositions de l'article 8 de la Convention, consacrent l'existence d'un droit à l'autodétermination.

⁸²⁵ Dans *L'inquiétante étrangeté*, en 1919, et un peu plus dans *Malaise dans la civilisation* en 1929.

⁸²⁶ Ainsi « la liberté individuelle n'est nullement un produit culturel. C'est avant toute civilisation qu'elle était la plus grande, mais aussi sans valeur le plus souvent, car l'individu n'était guère en état de la défendre. Le développement de la civilisation lui impose des restrictions, et la justice exige que ces restrictions ne soient épargnées à personne. Quand une communauté humaine sent s'agiter en elle une *poussée de liberté*, cela peut répondre à un mouvement de révolte contre une injustice patente, devenir ainsi favorable à un nouveau progrès culturel et demeurer compatible avec lui. Mais cela peut être aussi l'effet de la persistance d'un reste de l'individualisme indompté, et former alors la base de tendances hostiles à la civilisation. La poussée de liberté se dirige, de ce fait, contre certaines formes ou certaines exigences culturelles, ou bien même contre la civilisation », in Sigmund FREUD, *Malaise dans la civilisation*, Seuil, Points, Essais, 2010, p. 45. Jacques Lacan, lecteur du *Malaise*, évoque « une éthique au-delà du commandement » (in Jacques LACAN, *Le Séminaire. Livre VII. L'Éthique de la psychanalyse* (1959-1960), Seuil, Champ freudien, 1986, p.11) : le désir n'est pas subordonné à un commandement qui lui serait extérieur ; plus subtilement, l'obligation morale s'enracine dans le désir lui-même, c'est l'énergie du désir qui engendre sa propre censure. Pourquoi ? « Nous n'en savons rien », reconnaît modestement Freud, énigmatique : « Ce serait l'œuvre de l'Éros ».

de la personne humaine, c'est-à-dire la réalisation de tous ses désirs, est impossible, puisque la conscience morale elle-même (et son organe le Surmoi), constituée par l'entrave de la liberté pulsionnelle (via le refoulement, la censure), commande et impose une restriction de ces désirs. Et pourtant, le psychanalyste Alexander Sutherland Neill écrit : « De nos jours, je mets ma confiance dans la liberté. Elle réussit presque dans tous les cas (...). Mais ne me demandez pas comment la liberté opère une guérison, je n'en sais vraiment rien »⁸²⁷. La théorie de la liberté d'Alexander Sutherland Neill emprunte plus volontiers à Jean-Jacques Rousseau qu'à Sigmund Freud et se fonde sur la conviction inébranlable d'une nature humaine fondamentalement bonne. La liberté, pense-t-il, est l'expérience de la libre disposition de soi, sans qu'il y ait empiètement sur celle d'autrui ; elle s'entend dans un exercice réciproque.

Certains psychanalystes rejoignent donc le discours « naturaliste » de certains juristes. Nous serions libres « naturellement »⁸²⁸ de notre corps, de notre propre chair. C'est même un rapport de domination, d'emprise, que nous estimons nourrir avec la part matérielle de nous-mêmes, en tant que chose palpable. Mais ce discours sur la nature humaine résiste mal à la réalité juridique et psychanalytique. La psychanalyse connaît bien la dimension narcissique du discours sur la volonté souveraine et la maîtrise de soi. Depuis Freud, nous savons que le corps est tiraillé consciemment et inconsciemment par toute une palette de désirs difficiles à cerner et de pulsions insoupçonnables et irrépressibles. Si Platon considérait déjà le désir comme une « bête multiforme et polycéphale »⁸²⁹, il ne peut être question aujourd'hui de parler de volonté libre lorsqu'il s'agit du corps. Celui-ci, comme le décrit Wilfred Ruprecht Bion, « pense, il pense sans cesse. Où cela ? Dans sa tête ? Ou dans son estomac ? (...) On peut parler de quelqu'un pour qui son ventre est dieu. De même, nous pouvons dire que certains ont pour dieu leur vie intellectuelle, (...) ce qui surgit ici (...) est un désaccord entre le canal alimentaire du patient et sa nourriture, et entre son canal alimentaire psychique et sa nourriture psychique. De plus il existe un désaccord entre le système digestif et le système psychique (...) Il peut y avoir comme un trop de cérébration, les hémisphères cérébraux utilisés au détriment du système sympathique ou autonome. Du coup, le mariage entre ce patient et lui-même n'a jamais été

⁸²⁷ Alexander Sutherland NEILL, *La liberté, pas l'anarchie*, Payot, Petite Bibliothèque, 2011, p. 22.

⁸²⁸ D'où l'assertion « c'est mon corps ! », v. Claire CRIGNON-DE OLIVIERA, Marie GAILLE-NIKODIMOV, « C'est mon corps ! », in *À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*, Les belles lettres (Médecines & Sciences humaines), 2004, pp. 11-36.

⁸²⁹ PLATON, *La République*, 588c.

vraiment consommé »⁸³⁰. Selon la théorie analytique, le Moi⁸³¹ est dans une relation de profonde dépendance inconsciente à l'endroit des revendications du Ça⁸³² et des impératifs du Surmoi⁸³³, et l'on comprend qu'il n'est aucune volonté, il n'est pas de for intérieur, qui puisse être libre au sens plein de la notion de « liberté » et que l'autonomie individuelle quant au corps est de ce point de vue tout aussi relative.

Le droit positif se garde d'entériner une conception « naturalisée » de la liberté d'user de son corps. Certains auteurs estiment que « la tradition des droits de l'homme (...) instrument de protection du sujet contre des pouvoirs aliénants, ne peut que se pervertir et se détruire en se transformant en un droit à l'autodétermination à une libre disposition du corps, au nom d'un hypothétique et illusoire droit au bonheur »⁸³⁴. Il n'y a pas de « droit général à disposer de son corps, seulement des sphères individuelles de liberté »⁸³⁵, et les exceptions à cette liberté ne correspondent pas spécifiquement à la protection de l'ordre public ou des droits d'autrui. Jacques Fierens montre bien que : « Mon corps, c'est-à-dire moi-même, est en relation avec autrui (...). Le droit doit s'intéresser à cette relation à autrui plutôt qu'à un prétendu rapport de soi à soi sur le mode de la volonté souveraine et de la maîtrise »⁸³⁶. Car plutôt que de protéger

⁸³⁰ Wilfred Ruprecht BION, C. Chevestre (trad.), *Séminaires cliniques*, Les éditions d'Ithaque, 2008, p. 168.

⁸³¹ Le Moi est l'une des trois instances de la personnalité que Freud distingue du ça et du surmoi. Le moi représente éminemment dans le conflit névrotique, le pôle défensif de la personnalité, il met en jeu des mécanismes de défense motivés par la perception d'un affect déplaisant. Du point de vue économique, le moi apparaît comme un facteur de liaison des processus psychiques ; mais dans les opérations défensives, les tentations de liaison de l'énergie pulsionnelle sont contaminées par les caractères qui spécifient le processus primaire : elles prennent une allure compulsive, répétitive, déréelle, in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 241.

⁸³² Le Ça est le pôle pulsionnel de la personnalité, dont les contenus, expressions psychiques des pulsions, sont inconscients, pour une part héréditaire et innée, pour l'autre héréditaire et acquis. Du point de vue économique, il est le réservoir premier de l'énergie psychique ; du point de vue dynamique, il entre en conflit avec le moi et le surmoi, in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 56.

⁸³³ Le Surmoi est une instance du psychisme qui revêt le rôle du censeur, du juge, à l'égard du moi, il est en quelque sorte la conscience morale, constituée par l'intériorisation des exigences et des interdits parentaux, *Ibid.*, p. 471.

⁸³⁴ Catherine LABRUSSE-RIOU, in Bernard Edelman et Marie-Angèle Hermitte, *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgeois, 1993, p. 340.

⁸³⁵ Diane ROMAN, « À corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », *Dalloz*, 2007, p. 1284.

⁸³⁶ Jacques FIERENS, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche Neige », *RIEJ* 2000, n° 44, p. 1567.

les personnes contre elles-mêmes, le droit les protège surtout contre « l'éventuelle négligence, incompetence, ou incurie d'autrui »⁸³⁷ explique Muriel Fabre-Magnan.

De plus, les mesures de protection de l'être humain contre ses propres agissements restreignent son autonomie au point de prendre parfois une connotation bien plus éthique que juridique⁸³⁸. Quand on envisage le principe d'indisponibilité comme ayant pour objectif de « faire échapper le corps au libre pouvoir de sa volonté », ainsi que l'écrit Diane Roman⁸³⁹, cela signifie qu'une personne ne peut effectivement pas tout faire de son corps. Or, on remarque que si le principe reste vivace, il est aussi sérieusement remis en cause ; les espaces au sein desquels s'affirme l'autonomie personnelle sont largement revendiqués et se multiplient. Le « huis clos de son intimité »⁸⁴⁰ dans lequel la personne humaine serait libre de son corps est donc une expression à prendre à double sens, car il s'agit à la fois de « la jouissance paisible de l'indépendance privée »⁸⁴¹, traditionnelle dans une démocratie libérale, axée sur la protection de la vie privée⁸⁴² qui va largement du domicile et de la correspondance aux rivages de l'identité et de l'intimité dont la sexualité est un exemple paradigmatique⁸⁴³, mais il s'agit aussi d'une intimité psychique sinieuse, souterraine, parcourue du sourdissement de forces inconscientes, pulsionnelles et contradictoires.

L'univers des limites auquel la personne est soumise est infiniment plus étendu que celui du droit. Rainer Maria Rilke n'affirme-t-il pas : « Ne vous laissez pas tromper par les apparences ;

⁸³⁷ Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, *op. cit.*, p. 200.

⁸³⁸ Danièle LOCHAK, « Les bornes de la liberté », in *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 15.

⁸³⁹ Diane ROMAN, « À corps défendant. La protection de l'individu contre lui-même », *op. cit.*, p. 1284 et s.

⁸⁴⁰ Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in *La libre disposition de son corps*, Jean-Manuel LARRALDE (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 343.

⁸⁴¹ Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes. Écrits politiques*, Fayard, Mille et une Nuits, La petite collection, 2010, p. 21.

⁸⁴² Sans oublier toutefois que ce domaine a été longtemps un espace privilégié de « contrainte normative », ainsi que l'indique Thierry MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in *La libre disposition de son corps*, Jean-Manuel LARRALDE (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 38.

⁸⁴³ Le droit pénal s'est longtemps beaucoup mêlé de sexualité, y compris lorsqu'elle est librement consentie par les partenaires en âge ayant atteint un légal pour la pratique et alors qu'elle se déroulait, dans la sphère privée. Le délit d'homosexualité par exemple n'a été aboli en France qu'au début des années 80, sous l'influence notable de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, lors de l'affaire CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. / Royaume Uni*, n° 7525/76.

dans le tréfonds, tout est loi »⁸⁴⁴. La question des interdits auxquels une personne est assujettie est donc complexe, puisqu'il s'agit à la fois de ceux que le droit impose et de ceux auxquels le sujet s'oblige inconsciemment. Or franchir ces frontières c'est franchir des limites, ce qui produit toujours un effet contrasté d'angoisse et d'ivresse⁸⁴⁵. Et les sollicitations de l'existence, celles des « faits divers », lorsqu'ils sont déférés à l'institution judiciaire et que celle-ci fait appel, outre à ses magistrats, à des professionnels du mental, posent la question des rapports entre justice⁸⁴⁶ et psyché, et de la validité des constructions législatives et jurisprudentielles confrontées avec l'existence d'un fond opaque appelé en psychanalyse « l'inquiétante étrangeté »⁸⁴⁷, qui dérange ou résiste à l'interprétation juridique.

L'être humain a toujours affiché une volonté de s'approprier la nature de son corps, d'en être le « maître », idée qui est née avec Bacon⁸⁴⁸, et s'est perpétuée avec la modernité, laquelle soutient que l'homme est tout entier, y compris son humanité, dans son auto-fabrication⁸⁴⁹. Intention de maîtrise à l'origine d'une conception de plus en plus instrumentale de l'individu⁸⁵⁰ qui se déploie aujourd'hui dans les biotechnologies et les neurosciences, de telle sorte que la personne en son corps devient à la fois lieu de tension sociale et lieu de tension juridique. Le corps, support de notre identité, gangue de chair fragile, éphémère et instable, à la fois instrument et finalité, seul vecteur apparent d'expression, sans cesse décrypté, n'a jamais autant qu'aujourd'hui, été saisi par le progrès et la technique qui s'y intéressent avec un arsenal d'outils impressionnant. Le droit s'arrange de cette réalité comme il le peut, et le législateur et le juge, confrontés de plus en plus - en matière de disponibilité du corps humain - à l'impossible, au délire ou à la performance de soi, au gré d'expériences qui de déviances

⁸⁴⁴ Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, Gallimard, Poésie, 1993, 192 p.

⁸⁴⁵ Paul-Laurent ASSOUN, « Franchissement des limites et désir d'interdit », in Paul-Laurent ASSOUN, Gérard BONNET, Christian FLAVIGNY, Caroline LEBRUN, José MOREL, *Interdits et limites. Les conditions du vivre ensemble*, Éditions In Press, 20176, p. 42.

⁸⁴⁶ « Mot d'origine obscure, *ius* exprime dans son sens le plus général une formule de justice », in Alain SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, p. 85, note 1.

⁸⁴⁷ Sigmund FREUD, *L'inquiétante Étrangeté et autres essais*, Gallimard, Folio Essais, 1988, 352 p.

⁸⁴⁸ « L'homme commande à la nature en lui obéissant » dit Francis BACON, *Novum Organum* (1620), Livre I, PUF, Épiméthée, 3^{ème} éd., 2010, 349 p.

⁸⁴⁹ Idée exposée par Bernard EDELMAN, *Critique de l'humanisme juridique*, in *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1993, p. 287 à 307.

⁸⁵⁰ Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, Doctrine juridique, 1999, p. 1.

deviennent tendances, peinent à formuler des questions et surtout des réponses à des situations qui repoussent toujours plus loin les limites et les interdits.

B. Liberté et expérience

« T'es pas cap ». Se faire étrangler dans la cour de récréation. Bloquer sa respiration. Faire des acrobaties au-dessus du vide le cou serré par un nœud coulant ... Ces jeux dangereux se sont répandus et banalisés, ils ne sont plus l'apanage des enfants. Nous testons nos corps dans des pratiques sportives, sexuelles et artistiques extrêmes ; nous expérimentons et en même temps nous éprouvons notre liberté. « Jusqu'où aller, c'est poser la limite au-delà de laquelle « rien ne va plus » comme on le dit dans le monde des jeux de hasard »⁸⁵¹. Et la question des limites devient impérieuse, quand Michel Journiac voit l'être humain comme « une viande consciente socialisée » et qu'il communique en avalant une rondelle de boudin cuisiné avec son propre sang⁸⁵², ou encore, quand Chrissy Conant fabrique du « *Chrissy caviar* » avec ses propres ovules⁸⁵³.

La toute-puissance du sujet sur son corps effraye, et par opposition la dignité est invoquée comme dernier rempart pour protéger l'intégrité physique et essayer de contenir ou de refonder les limites de la libre disposition du corps humain. La dignité comme valeur⁸⁵⁴ rassurante pour le politique et pour une partie de la doctrine juridique, et en même temps statut⁸⁵⁵, elle n'en

⁸⁵¹ Paul-Laurent ASSOUN, « Franchissement des limites et désir d'interdit », *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵² Cf. Céline PIETTRE, « Les icônes du temps présent », mai 2008, <https://www.paris-art.com/les-icônes-du-temps-present-2/>; Charlotte MUCKENSTURM, Strasbourg, Expo Revue, mars 2004, <https://www.exporevue.com/magazine/fr/journiac.html>

⁸⁵³ Carole TALON-HUGON, « L'assujettissement artistique de la philosophie », *Diogène*, vol. 233-234, n°1, 2011, pp. 241-252.

⁸⁵⁴ C'est-à-dire qualité inhérente à l'être humain.

⁸⁵⁵ Un statut désormais accordé à tout le genre humain (cf. Bernard EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 509 : « l'humanité est ce qui permet la reconnaissance d'une appartenance à un même *genre* : le genre humain » ; « quant à la dignité, elle n'est autre que la qualité de cette appartenance ») qui doit être traité avec respect, ce qui ne nécessite non seulement de ne pas faire intervenir le concept de personne humaine avec la distinction qu'il implique, mais qui marque aussi le fait qu'on l'admette de la même manière pour les malades, les mourants (art. 1^{er} de la loi du 22 avril 2005 : « Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure sa qualité de vie), les prisonniers (CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. / France* : « la Cour a également affirmé le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine »), les handicapés (l'art. 415 C. civ. souligne que la protection des personnes majeure « est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne »), les

demeure pas moins variable dans l'histoire et dans l'espace⁸⁵⁶ et peut être transgressée. La tendance lourde est de mettre la poser en principe « toujours plus en première ligne, en le substituant à toutes les notions juridiques existantes qui l'incarnent »⁸⁵⁷. Sa mise en œuvre, au regard des expériences possibles de la disposition du corps, suscite des tensions très vives, si bien que le corps, en fonction des différentes configurations dans lesquelles il se trouve placé, est en pratique parfois disponible, parfois indisponible, et l'on évoque, quant à sa disponibilité, plutôt une liberté qu'un droit⁸⁵⁸.

Paradoxalement, en revendiquant sa liberté absolue de disposer d'elle-même, la personne désacraliserait son corps : « la libération physique des corps est corrélative d'un mépris des tabous, à la fois dans les représentations et dans les savoirs : l'art et la médecine sont deux domaines où s'illustre particulièrement ce mouvement : pour se libérer, le corps doit transgresser sa dimension sacrée »⁸⁵⁹. Cette désacralisation peut revêtir de multiples aspects, parfois particulièrement transgressive dans le domaine de l'art, et qui interroge psychiquement quand il est question de corps recouverts d'urine, de matières fécales, de sang ou d'animaux sacrifiés⁸⁶⁰, d'entailles et de blessures autoportées délibérément⁸⁶¹, de chirurgie à outrance comme concept⁸⁶², d'usage d'éléments humains comme matière première⁸⁶³, ou même de

personnes âgées, les « pauvres » (en 1659, Bossuet rédigeait déjà *De l'éminente dignité des pauvres*, prés. par Alain Supiot, Fayard/Mille et une nuits, La Petite Collection, 2015, 72 p.), mais aussi pour les plus terribles criminels, même lorsque leurs forfaits peuvent être qualifiés d'inhumains, cf. Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté, op. cit.*, pp. 276-277.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, pp. 271-272 et p. 283.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 271.

⁸⁵⁸ C'est la conclusion de la thèse de Stéphanie Hennette-Vauchez, in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2004, 448 p., v. plus précisément son Titre second : « Un droit » de disposer de son corps », pp. 321-322.

⁸⁵⁹ Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, Seuil, Points, Essais, 2002, p. 191.

⁸⁶⁰ Erik VERHAGEN, « Au delà du cadre, L'art de la performance », vol. tome 398, n° 6, *Études*, SER, 2003, p. 804.

⁸⁶¹ En 1990 David Wojnarowicz, artiste américain, se coud les lèvres pour illustrer le slogan d'Act up sur le Sida « Silence = death ».

⁸⁶² V. ORLAN, *Surtout pas sage comme une image*, Quasimodo, 1998, n°5, p. 95. Stelarc artiste australien, se fait pousser une oreille sur l'avant-bras, etc.

⁸⁶³ « Teresa Margolles est l'une des figures emblématiques de ce que peut le corps, à l'œuvre, dans le dépassement de l'image. Le dispositif est à mi-chemin entre l'installation et le procédé performatif. Dans l'espace blanc de l'exposition, un système de gouttière fait tomber chaque minute au sol une goutte de graisse humaine, prélevée après autopsie sur des cadavres de personnes assassinées au Mexique. Au fil de l'événement, une flaque immonde se forme au sol, épaisse et suintante », in Jean-Marc LACHAUD

consommation de ces matières⁸⁶⁴. Ces comportements « de résistance » révèlent les frontières à la fois physiques, sociales, psychiques et juridiques du corps⁸⁶⁵. Frontières à l'aune desquelles la psychanalyse porte un éclairage particulier par l'identification de tabous⁸⁶⁶.

Le danger est que le corps désacralisé soit déshumanisé, au détriment de sa libéralisation : que la personne humaine proclame sa liberté corporelle, et que parallèlement elle se réifie. Le corps est transformé, mais aussi martyrisé, en dépit de la loi qui affirme qu'il est inviolable, loi qui interdit toute atteinte au respect qui lui est dû⁸⁶⁷, loi qui veille à la préservation de sa dignité⁸⁶⁸, et de son intégrité⁸⁶⁹. Or, dans un rapport de soi à soi, la liberté individuelle de disposition est entière, dès lors qu'aucun dommage n'est causé à autrui. Libre est-on en effet d'altérer son apparence physique, de la marquer de toutes les manières possibles, de porter atteinte à son intégrité corporelle, jusqu'au suicide⁸⁷⁰. On peut, sans limitation, jusqu'à ce que mort s'ensuive se blesser, « boire, manger ou fumer (l'État en revanche interdit certaines drogues, même aux personnes majeures) »⁸⁷¹. Robinson Crusoé sur son île, n'a que faire du droit⁸⁷², il n'y a juridiquement pas de borne à ce qu'il peut s'infliger, la seule limite, c'est l'imagination⁸⁷³.

et Claire LAHUERTA, « De la dimension critique du corps en actes dans l'art contemporain », in *Corps dominés, corps en rupture*, PUF, Actuel Marx n° 41, 2007, p. 95.

⁸⁶⁴ Zhu Yu, artiste chinois du mouvement *Cadavre cuisine* et mange un bébé mort-né.

⁸⁶⁵ Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, op. cit., p. 197.

⁸⁶⁶ La manière dont une civilisation prend en compte les rites entourant la mort par exemple, nourrit des hypothèses de type psychanalytique. La mort induirait en effet un sentiment de culpabilité que les privations et limitations liées au deuil (semblable à une auto punition) ajoutées aux dépenses funéraires (assimilables à une réparation) soulageraient, cf. Jean-Pierre ALBERT, « Les rites funéraires. Approches anthropologiques », *Les cahiers de la faculté de théologie*, 1999, pp. 141-152. Dans cet état d'esprit, l'art. 16-1-1 du Code civil dispose que « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Bien loin de nos rites funéraires français, les indiens Guayaki anthropophages mangent le cadavre de leurs morts, v. Pierre CLASTRES, Jean MALAURIE, *Chronique des indiens Guayaki. Les indiens du Paraguay, une société nomade contre l'État*, Pocket, 2001, 320 p., et aussi Hélène CLASTRES, « Rites funéraires guayaki », *Journal de la société des américanistes*, n° 57, 1968, pp. 63-72.

⁸⁶⁷ Art. 16-1 al. 1 et 2 C. civ. : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ».

⁸⁶⁸ Art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

⁸⁶⁹ Art. 16-3 al. 1 C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

⁸⁷⁰ François TERRE, *Le suicide*, PUF, Droit, éthique, société, 2004, 232 p.

⁸⁷¹ Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 191.

⁸⁷² François OST, *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, p. 231.

⁸⁷³ Le rôle du droit n'est cependant pas de légitimer, de cautionner n'importe quelle expérience personnelle qui ne constitue pas en soi un « droit », tout au plus est-ce une liberté (l'auto mutilation, pour ne citer qu'elle n'est pas un droit) ; liberté qui n'est de surcroît effective que dans le sens d'une

Ce rejet de la limite juridique se retrouve dans des domaines extrêmement divers, qu'il s'agisse de gestation pour autrui, d'euthanasie, de pratiques sexuelles extrêmes⁸⁷⁴, ou de réalisations artistiques transgressives⁸⁷⁵ : certains artistes dits *performers*, revendiquent leur identité à travers une très large liberté d'expression corporelle, ils se livrent à des performances artistiques au cours desquelles ils s'infligent d'intenses souffrances sous différents prétextes. Coups, entailles, coupures, brûlures, déchirures, la surenchère est impressionnante. Ainsi, Gina Pane grimpe, pieds nus, sur une échelle dont les barreaux sont hérissés de lames de rasoir. Chris Burden, pour « éprouver la douleur », se fait tirer une balle dans le bras par un ami. Marina Abramovic livre son corps à la foule, invitée à en faire ce que bon lui semble au moyen d'une panoplie de fouets, haches, couteaux, seringues, mise à sa disposition. Orlan, mue par un désir de toute puissance, se sculpte elle-même ... Quand des individus revendiquent des atteintes au corps délibérées, sanguinolentes, brutales, choquantes, outrancières, douloureuses, le concept d'autonomie, en forte progression, confronte le juriste à des questions qui par-delà le droit renvoient à la morale, la santé, l'ordre social, la psychiatrie, et surtout la psychanalyse, car « le

faculté d'agir, mais qui n'est pas protégée juridiquement : empêcher une personne de se mutiler elle-même ne constitue pas une infraction, et n'est susceptible d'aucune action en dommages et intérêts. Par exemple, Le spectateur qui interviendrait lors d'une performance artistique au cours de laquelle l'artiste mettrait son corps en danger, ne saurait se le voir juridiquement reprocher. Dans *Rythm 5* en 1974, Marina Abramovic met le feu à une grande étoile en bois posée au sol et arrosée de pétrole. Elle se couche au milieu, bras et jambes écartés. Les flammes consomment tout l'oxygène, l'artiste s'asphyxie peu à peu, sa jambe s'enflamme, elle ne manifeste aucune réaction, deux personnes du public lui portent secours. L'intervention d'autrui, l'empathie et la réaction du public peuvent même faire partie de l'œuvre, mais l'être humain n'est par ailleurs pas tout entier volonté éclairée et raison infaillible, il ne maîtrise ni ne domine pas entièrement tout ce qu'il est, les psychanalystes auraient long à dire sur cette question.

⁸⁷⁴ Certains agissements interrogent directement la civilisation, conduisent à poser la question de leurs limites, de ce qui est acceptable et de ce qui nécessite une interdiction, c'est le cas de la sulfureuse affaire précédemment évoquée, CEDH, *K. A. et A. D. c. / Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, 17 février 2005, encore et toujours polémique.

⁸⁷⁵ La liberté d'expression artistique corporelle semble elle aussi extrêmement large, des artistes surenchérissent dans la prise de risques importants avec leur propre corps, avec les institutions et les lois. En 2001, une jeune femme annonce son dessein de filmer un œdème de Quincke qu'elle se déclenchera volontairement, sachant qu'il s'agit d'un phénomène allergique source de crises sévères, d'impressionnants gonflements et de détresse respiratoire aiguë, susceptibles d'entraîner le décès en quelques minutes à défaut d'une injection d'adrénaline ou d'une trachéotomie. Que peut être dès lors la réponse juridique à l'encontre de telles pratiques dangereuses ? Selon Simone Korff-Sausse, « l'ambiguïté des corps extrêmes dans l'art amène à interroger les frontières entre la perversion et la sublimation, le rôle civilisateur de l'art ou son utilisation commerciale, le trivial et le tragique, le respect ou le mépris, le sérieux ou la dérision, l'altérité ou la déshumanisation », in Simone KORFF-SAUSSE, *Les corps extrêmes dans l'art contemporain, Entre perversion et créativité*, Champ psychosomatique, n° 35, 2004, p. 67.

corps détaché de l'homme, devenu un objet à façonner, à modifier, à moduler selon le goût du jour, vaut pour l'homme, en ce sens que modifier ses apparences reviendrait à modifier l'homme lui-même »⁸⁷⁶.

Ainsi, dans le rapport à soi comme à l'autre, le corps, affranchi d'un traitement empreint de « normalité », met à l'épreuve notre système juridique. Le corps humain en principe indisponible n'est plus un simple objet juridique analysé dans la pénombre du droit, il devient d'abord et avant tout objet de connaissance, objet de représentations sociales et surtout objet de tous les fantasmes⁸⁷⁷ et plus particulièrement de « phantasmes », ce terme de phantasme correspondant à une graphie proposée par Suzan Sutherland Isaacs, et adoptée par de nombreux psychanalystes, comme Mélanie Klein, pour désigner le fantasme inconscient, et souligner sa distinction d'avec le fantasme conscient. L'ambivalence entourant aujourd'hui l'appréhension juridique de la liberté corporelle humaine confine à l'aporie ; les tiraillements entre sacralité et disponibilité sont âpres, et l'individualisme semble projeter cette appréhension dans un mouvement de plus en plus utilitariste.

Les nouvelles formes de libre disposition de notre corps catalysent donc l'ensemble des questions sur l'usage de notre chair et de nos entrailles. D'abord elles éprouvent le fondement même, du dispositif juridique construit par le législateur et le juge en lui déniait l'idée même qu'il nous protège. La non-rationalité des pratiques extrêmes du corps sape au plus profond notre ordre juridique construit sur la raison. Ce recul du droit s'inscrit dans un arrière-fond, celui du désenchantement du monde : l'onction juridique ne permet plus de répondre aux questions nouvelles. Comme il est très difficile de trouver une norme commune, consensuelle, issue d'un processus démocratique, qui séparerait, selon des critères juridiques précis, l'acceptable et l'inacceptable, le juriste réinterroge les jugements moraux et l'éthique qui servent de soubassements à son système, pour mieux saisir les conséquences des décisions juridiques sous-tendue par l'idéologie de la dignité. Or, fonder un système normatif sur une

⁸⁷⁶ David LE BRETON, *L'adieu au corps*, *op. cit.*, p. 109.

⁸⁷⁷ Qu'il s'agisse de l'universalité des fantasmes originaires, donc de structures fantasmatiques typiques (vie intra-utérine, scène originare, castration, séduction) que la psychanalyse retrouve comme organisant la vie fantasmatique, quelles que soient les expériences personnelles des sujets, ou qu'il s'agisse de fantasmes au sens large comme des scénarios imaginaires où le sujet est présent et où figure de façon plus ou moins déformée par les processus défensifs, l'accomplissement d'un désir.

morale peut sembler tout à fait contradictoire. Comment maintenir un système normatif, fondé sur la liberté et l'autonomie comme valeurs fondatrices alors que le droit perd son postulat de rationalité et n'apparaît plus comme le produit d'un débat démocratique ? Faut-il renoncer au concept de liberté individuelle dans son acception la plus juste pour instaurer une normativité morale ?

La réponse engage la possibilité d'un système de droit autour de la liberté de disposer de son corps. Une libre disposition du corps qui suppose un dualisme substantiel de l'esprit et du corps et une fonction dirigeante de l'esprit sur le corps. Dualisme que le droit instaure de plus en plus ostensiblement, mais que la psychanalyse récuse en avançant même l'inverse. La pertinence de l'interrogation d'une liberté de disposer de son corps part du présupposé que le corps existe distinctement de la psyché. Or la perspective est, du point de vue psychanalytique, plutôt celle d'une unité radicale. Ensuite, cette idée de disposition suppose une autonomie de la personne humaine, par rapport à ses actions, et au sens qu'elle leur donne, dans sa relation à son corps. La réelle libre disposition n'aurait donc de sens qu'aux conditions de dualisme et d'autonomie. Or, comment croire à l'un comme à l'autre puisqu'ils demeurent fictionnels ?

Non seulement la liberté de disposer de son corps, du corps dans son entier, son unicité, son hétérogénéité et sa diversité et même son fractionnement, est une liberté aux accents contradictoires, mais l'idée de *disposition* est en elle-même mal entendue.

II. Une disposition mal entendue

« *Our bodies are our gardens to the which our wills are gardeners* »⁸⁷⁸.

William Shakespeare

Disponibilité ou indisponibilité du corps humain, la réflexion juridique bien qu'abondante, oscille. La dépenalisation contemporaine des modes de vie, notamment de certaines infractions

⁸⁷⁸ « Notre corps est notre jardin, et notre volonté en est le jardinier », William SHAKESPEARE, *Othello*, Acte I, scène 3, Iago (Le Doge, Brabantio, Desdémona, Othello, Roderigo, Iago), Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Œuvres complètes, tome II, 1959.

sexuelles, est notoire⁸⁷⁹, et les situations dérogoires à l'indisponibilité corporelle se multiplient⁸⁸⁰. Sous réserve que l'ordre public ne soit pas fortement affecté, le droit pénal s'incline devant le principe d'autonomie personnelle, et certaines atteintes au corps autrefois incriminées, comme l'automutilation, l'autolésion, et le suicide, « deviennent disponibles »⁸⁸¹. Des auteurs voient un triomphe de l'individualisme et des droits subjectifs dans le fait que la libre disposition du corps paraisse plutôt devenir le principe, et l'indisponibilité l'exception. D'autres craignent un changement de paradigme au profit de la d'une possible instrumentalisation du corps, au détriment de la dignité humaine⁸⁸², telle que le droit la conçoit. Ils la mettent en exergue comme justification d'un « droit » subjectif à ne pas disposer de son corps⁸⁸³. Mais la dignité contre soi-même⁸⁸⁴ est un concept étrange⁸⁸⁵, et Olivier Cayla relève

⁸⁷⁹ Diane ROMAN, « À corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284.

⁸⁸⁰ Entre autres exemples, en matière de chirurgie esthétique sans aucun bénéfice thérapeutique, de *body art*, de changement de sexe, etc.

⁸⁸¹ Xavier PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in Frédérique COHET-CORDEY, *Vulnérabilité et droit*, Grenoble, PUG, 2000, p. 119.

⁸⁸² Une notion qui bénéficie d'une « grande fortune » sur la scène doctrinale, cf. Michel LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 75 ; V. aussi Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ et C. GIRARD (dir.), *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005, 318 p. ; Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la convention européenne des droits de l'homme*, La documentation française, 1999, 555 p. ; Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Études juridiques, 1999, 181 p. ; Olivier CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », in *Le Monde*, 30 janvier 2003 ; Thomas De KONINCK, Gilbert LAROCHELLE (dir.), *La dignité humaine., Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, PUF, Quadrige, 2002, 256 p. ; Muriel FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique de la dignité », *Droits*, n°58, PUF, 2014, p. 167 et s., Thierry PECH, « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Justices*, Hors-série au *Recueil Dalloz* du 24 mai 2001, pp. 90-112 ; Benoît JORION, « La dignité humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, pp. 197-233, etc.

⁸⁸³ Olivier CAYLA, Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Le Débat, 2002, 192 p.

⁸⁸⁴ Ruwen Ogién explique que la dignité peut d'ailleurs justifier des « causes parfaitement contradictoires ». Il cite comme exemple le fait qu'au nom de la dignité humaine « on peut aussi bien justifier l'interdiction d'aider activement à mourir des patients souffrants et incurables que le contraire », in Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, La Musardine, L'attrape-corps, 2010, p. 17.

⁸⁸⁵ V. à ce sujet Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Hors collection, 2018, 354 p. Et plus spécialement le chapitre 5 « Dignité c. Liberté », pp. 245-298. L'auteur évoque une certaine conception de la liberté, qui correspond au droit de l'aliéner, et qui conduit des auteurs comme Olivier Cayla et Yan Thomas à affirmer que « la contradiction du sujet par lui-même (...) peut parfaitement s'apercevoir (...) comme la plus significative position, celle du « refus de soi-même », d'où puisse s'exprimer sa liberté. Pour peu évidemment, qu'on accorde quelque importance politique au fondement volontaire de la démocratie moderne, conférant précisément à l'individu le pouvoir de décider par lui-même ».

qu'il devient de plus en plus « difficile d'éviter l'invocation fétichiste du principe de dignité », et que « du même argument de la dignité découlent toutes les attitudes normatives »⁸⁸⁶.

La controverse doctrinale est donc forte et il semble impossible *a priori* de concilier ces points de vue. Toutefois, au-delà des oppositions idéologiques, il peut être intéressant de voir ce qui se joue sur le terrain psychanalytique. Derrière les concepts juridiques d'indisponibilité et de disponibilité du corps, la question de la jouissance est à l'œuvre. En disposant de son corps, la personne en jouit. Elle se désire elle-même au risque de se consumer dans son narcissisme (A). En renonçant au libre usage de son corps, la personne renonce à l'action. Du verbe « disposer » on passe au nom d'« indisponibilité » qui décrit un état de fait. S'ouvre alors la peur de l'immobilité qui conduit tout autant à la mort (B).

A. Disposer de son corps : le risque narcissique

Historiquement, l'homme a tout fait de son corps, de son ornementation indélébile, à sa transformation profonde, sa mutilation, sa réparation, son amélioration, sa destruction, son utilisation par tous les moyens imaginables, son « optimisation »⁸⁸⁷ et même sa consommation. Ces usages démultipliés du corps⁸⁸⁸, permettent à la personne humaine d'affirmer sa personnalité, sa sexualité au sens large⁸⁸⁹, son identité. Nos moyens de l'explorer sont devenus si puissants qu'il semble prêt à livrer tous ses secrets. Valentin Nusinovici explique que « ses exigences naturelles et les contraintes symboliques qui y sont superposées sont de moins en

⁸⁸⁶ Olivier CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », in *Le Monde*, 30 janvier 2003.

⁸⁸⁷ Patrick VASSORT, « Corps sportifs et performances. De l'idéologie à la pathologie », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 237-258.

⁸⁸⁸ Michel Levinet cite Xavier Dijon, pour attirer l'attention sur la question de l'usage des corps dans des sociétés « arrivées à cette situation spirituelle dans laquelle la liberté de chaque sujet ne semble plus guère polarisée que par la spontanéité de son propre désir », in Xavier DIJON, « Une lecture des itinéraires spirituels du droit », in *Mélanges François. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 168, cité par Michel LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 71-110.

⁸⁸⁹ La psychanalyse accorde une grande importance au concept de sexualité dans le développement psychique de la personne humaine, mais la sexualité doit être précisée quant à son extension et à sa compréhension. La sexualité n'est en effet pas réductible au génital (pas plus que le psychisme ne l'est au conscient) est à l'origine d'un très grand nombre de choix et de comportements.

moins acceptées. Et le fait de repousser les limites de la jouissance relève désormais moins de l'exploit personnel que de progrès techniques auxquels on estime avoir droit »⁸⁹⁰.

Toutefois, de la découverte du corps et de son exploration au fil de la vie, jusqu'à l'exaltation narcissique⁸⁹¹, on peut passer d'un droit de disposer de son corps qui tend à une possibilité de le détruire⁸⁹². La psychanalyse nous apprend que « tel est le paradoxe : le narcissisme comme exacerbation de l'individualisme aboutit au démantèlement du sujet »⁸⁹³. Cette possibilité de destruction du corps est d'autant plus préoccupante que l'impératif de la jouissance peut transformer le droit de disposer de son corps en une « obligation » mortifère de contrôle de la matière vivante par ceux qui en sont les porteurs. Ce glissement est repérable dans le vocabulaire juridique et plus largement dans les différents montages du droit à disposer de son corps, entre textes et jurisprudences⁸⁹⁴.

Le mot juridique « disposer » contient une ambivalence psychanalytique. « Disposer » peut signifier « ériger » en règle, décider au sens de la loi ou du jugement⁸⁹⁵. Il apparaît donc que la disposition, telle que l'entend le droit participe aussi à « l'érection » du corps en objet de désir « extérieur »⁸⁹⁶. Reconnaître l'action de disposer de son corps, c'est donc reconnaître un désir de soi : « se désirer soi-même, c'est d'abord désirer son propre corps »⁸⁹⁷. Mais « disposer » signifie aussi « accomplir un acte de disposition », en ce sens qu'un propriétaire dispose de son

⁸⁹⁰ Valentin NUSINOVICI, « Avoir un corps ? », *Journal français de psychiatrie*, vol. n° 24, n°1, 2006, pp. 4-6.

⁸⁹¹ C'est-à-dire un sur-investissement sur le moi propre.

⁸⁹² V. entre autres exemples, l'article de Patrick VASSORT, « Corps sportifs et performances. De l'idéologie à la pathologie », *op. cit.*, pp. 237-258.

⁸⁹³ Cf. Christian GODIN, *La Psychanalyse pour les nuls en 50 notions clés*, First, 2019, p. 148. L'auteur explique que la mode du *selfie* est le signe d'un certain narcissisme : « apparemment, il signale l'amour que la personne se porte à elle-même, en réalité il témoigne d'un doute profond et d'une radicale aliénation (l'image de soi est jetée en pâture aux autres) ».

⁸⁹⁴ Cf. l'article de Michel LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 71-110.

⁸⁹⁵ Le juge établit en effet le dispositif de sa décision, c'est la partie finale de son jugement, celle qui fait autorité et qui permet que ce jugement ait un effet.

⁸⁹⁶ Silvia Lippi, expose que l'« on désire, on aime son propre corps, comme s'il était un objet (sexuel) extérieur : c'est le narcissisme tel que le définit Freud », in Sylvia LIPPI, « Soi-même » comme objet du désir, et d'amour », in Silvia LIPPI (dir.), *La décision du désir*, Érès, 2013, p. 155.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

bien, il en est le gardien, il l'aliène comme il l'entend, le vend, le donne, le lègue, voire même le détruit, en principe sans restriction, si ce n'est celle de l'abus⁸⁹⁸.

L'ambivalence se retrouve aussi dans les analyses des textes, car le droit de disposer de son corps emprunte au registre du droit tout puissant de la propriété⁸⁹⁹, droit sacralisé dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et dans le Code civil. Si le droit du propriétaire tel qu'il figure dans l'article 544 du Code civil n'est pas directement transposable au droit de disposer de son corps⁹⁰⁰, on retrouve dans la disposition du corps l'idée d'une pleine jouissance de la propriété de soi. La question d'user et abuser de son corps est au cœur de certaines pratiques que nous avons déjà sommairement évoquées⁹⁰¹. Cette idée répugne à une partie de la doctrine juridique non seulement parce que l'« objet » possédé pourrait être ramené à une chose échangeable dans le commerce, mais parce que certaines pratiques afférentes sont jugées dégradantes et avilissantes. La possibilité de faire de l'argent avec son corps⁹⁰² met les

⁸⁹⁸ L'acte de disposition est analysé par le dictionnaire juridique comme « une opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux, sa substance ». V. « disposition », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 355.

⁸⁹⁹ Le corps humain « propriété » de la personne étant une figure aussi dualiste qu'iconoclaste, on lui préfère celle plus harmonieuse et unitaire du corps « attribut » de la personne : le corps n'est pas extérieur à soi, on n'en dispose pas comme d'un objet ordinaire. Sans aborder abruptement les rivages du droit de la disposition, le montage ingénieux des lois de bioéthique a permis de faire appel au consentement des personnes, comme l'un de leurs droits les plus fondamentaux : Depuis les lois de bioéthique de 1994, et la loi Kouchner du 4 mars 2002, le consentement à tout acte médical devient « l'un des droits les plus fondamentaux » (in Nicole GALLUS, *Bioéthique et droit*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 191) du patient qui devient coauteur de toutes les décisions médicales. Cette loi de 2002 inscrit l'art. L1111-4 du Code de la santé publique : « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif. Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrit dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L1110-10. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ».

⁹⁰⁰ Art. 544 C. civ. : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁹⁰¹ V. *supra* §1 « Une liberté aporétique ».

⁹⁰² Sur la dimension occulte de l'argent, v. les analyses de Pierre-Laurent ASSOUN, « L'argent à l'épreuve de la psychanalyse » in Marcel DRACH (dir.), *L'argent*, La découverte, 2004, pp. 61-82.

juristes dans tous leurs états⁹⁰³ : on est libre de donner certaines parties ou produits de son corps, mais pas de les vendre⁹⁰⁴. Alors que la société libérale exalte le marché, le corps doit être sanctuarisé. Il ne peut être une affaire d'argent, dont il ne faut pas négliger la fonction symbolique, notamment sa relation intime avec les excréments⁹⁰⁵. Et on comprend alors que ceux qui font commerce de leur corps comme les prostitué(e)s, lequel(le)s revendiquent le droit de disposer librement de leur sexe pour en tirer du profit, sont le plus souvent perçus soit comme des victimes non consentantes, soit comme des personnes indignes⁹⁰⁶ dont la volonté est forcément aliénée. Les désaccords et les traumatismes demeurent, criants ou larvés, quand certaines personnes revendiquent de manière profonde la libre disposition de leur corps comme d'un véritable « droit » de le transformer ou d'en user comme bon leur semble, par exemple dans les domaines du sexe, de l'art, ou de la science qui banalise une sorte de gestion⁹⁰⁷ de tout le corps humain.

Révéléateur également, le terme de « possession » qui peut être utilisé pour préciser la relation juridique entre la personne et son corps. La possession se définit juridiquement comme un pouvoir de fait exercé sur une chose, avec l'intention de s'en affirmer le maître, mû par l'*animus domini*⁹⁰⁸. La possession, c'est donc la maîtrise effective manifestée sur la chose possédée, sur

⁹⁰³ Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, La Musardine, L'attrape-corps, 2010, p.11 : l'auteur explique que « Dabs la plupart des sociétés démocratiques modernes on est libre de donner certaines parties ou produits de son corps (...). On est libre de mettre ses capacités sexuelles ou procréatives à la disposition d'autrui gratuitement, mais beaucoup moins de le faire pour de l'argent ».

⁹⁰⁴ Art. 16-5 C. civ. : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles » ; art. 16-6 C. civ. : « Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ».

⁹⁰⁵ Cf. Sigmund FREUD, « Lettre à Fliess du 16 janvier 1898 », *La naissance de la psychanalyse*, PUF 1956, p. 216.

⁹⁰⁶ Cf. la loi du 14 avril 2016 qui pénalise les clients de la prostitution, faisant de cette profession une activité indigne, et faisant des prostitué(e)s des victimes ; v. la justification par le Conseil constitutionnel suite à la QPC du 1^{er} février 2019 qui valide cette loi.

⁹⁰⁷ V. le paragraphe suivant, « La jouissance d'un patrimoine ».

⁹⁰⁸ V. « possession », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 776. Le psychiatre Valentin Nusinovici écrit : « Je dis : j'ai un corps, je le dis parce que cela va de soi ; je ne me demande pas ce que signifie cet avoir et si le corps, je l'ai comme on a un meuble - s'il s'agit d'une *possession*, ou si je l'ai comme on a une patrie - s'il s'agit d'une appartenance. L'ambiguïté m'échappe. (...) Je l'ai, c'est l'évidence même, sinon est-ce que je serais là ? Tiens, je viens de dire que je l'ai pour dire que je suis là, ne pourrais-je pas dire tout simplement que je suis un corps ? Cela ne me va pas ; je me flatte d'être matérialiste, mais me réduire à un corps, non. (...) Je vois que cet avoir, cet être et leur conjonction, c'est une affaire de langage », in Valentin NUSINOVICI, « Avoir un corps ? », *Journal français de psychiatrie*, vol. n° 24, n°1, 2006, pp. 4-6.

le *corpus*, par des actes de domination. Dans le système de droit romain, la possession est une notion plus subtile que la propriété car elle se construit sur la volonté de dominer la chose et elle cesse avec la disparition de cette chose⁹⁰⁹, elle ne se confond pas avec la propriété car seul Dieu dispose de cette souveraineté sur les biens. L'homme n'a que la possibilité de jouir des choses, une faculté protégée juridiquement⁹¹⁰ sur un *corpus* détenu matériellement ; la possession nécessiterait donc, s'agissant du corps, une sorte « d'absorption »⁹¹¹ corporelle, dépourvue d'une souveraineté. Il est ici encore possible de voir dans cette maîtrise du corps un rapport narcissique où la personne contient - au sens de la discipline, du contrôle qui permet de se retenir - son corps. Sans aborder l'ensemble des liens entre maîtrise, analité et narcissisme, le plaisir auto-érotique est bien au cœur du droit de disposer de soi. La première étape dans la disposition de son propre corps est le moment où l'enfant maîtrise ses excréments grâce à ses sphincters, un succès qui lui vaut d'être félicité par ses parents. Disposer de son corps, c'est bien « contenir par la force, dompter et soumettre à sa domination, vaincre »⁹¹².

Ainsi, qu'il s'agisse de propriété ou de possession, en tant que facultés auxquelles une personne pourrait prétendre relativement à son propre corps, elles supposent d'emblée qu'un rapport fantasmé d'extranéité⁹¹³ soit possible avec ce corps contemplé, maîtrisé, construit comme objet de désir. À la fin du 19^{ème} siècle, Rudolph von Jhering⁹¹⁴ défendait l'idée que les cheveux ne pouvaient appartenir à une personne, celle-ci ne pouvait en devenir la propriétaire qu'une fois

⁹⁰⁹ Michela MARZANO (dir.), *Dictionnaire du corps, op. cit.*, p. 771.

⁹¹⁰ « Soit parce que la protection de la possession permet, en fait, de protéger plus efficacement la propriété (doctrine de Jhering), soit parce que c'est une institution contribuant efficacement à protéger la paix publique (doctrine de Savigny) », *ibid.*

⁹¹¹ Absorption dans le sens du néologisme inventé par M^{me} de Staël, in Germaine de STAËL, *Correspondance générale, Lettres inédites à Louis de Narbonne, 1792*, éd. Jean-Jacques Pauvert, 1960, p. 31.

⁹¹² Pierre DESSUANT, « L'analité, la maîtrise et le narcissisme », *Revue française de psychanalyse*, 1995, p. 761.

⁹¹³ Amos OZ écrit dans *Seule la mer* : « Ce que j'aimerais c'est pouvoir mettre mon corps en dépôt, en gage. Tous mes malheurs viennent de ce tas de chair qui ne me lâche pas depuis que je suis petit. On ne peut rien en tirer. Il consomme comme un fou et je n'ai que des emmerdements avec lui. Il est constamment à plat. Ça irait tellement mieux si je pouvais m'en débarrasser [...] Plus besoin de dormir, de respirer, plus de cigarettes, plus de bide, plus de périodes de réserve, finie la peur du Sida [...] Je pourrais aussi le balancer à la morgue, le vendre à une banque d'organes, à l'Institut médico-légal, ou en faire don à la recherche et après j'irais m'éclater à la plage, libre comme l'air. Le pied quoi ! », in Amos OZ, *Seule la mer*, Folio, 2005, 272 p.

⁹¹⁴ Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. fr. O. de Meulenaere, 1880, 321 p.

qu'ils seraient coupés. Juridiquement, si le corps humain peut être envisagé comme une chose, certains vont jusqu'à le considérer comme un simple « meuble »⁹¹⁵, une « chose meuble » - du latin *mobilis* - c'est-à-dire une chose matérielle qui peut être déplacée et appropriée. Le meuble apparaît à toutes les époques comme l'objet dont on dispose librement ; il est étroitement lié à la personne, et ce lien est si étroit qu'il ne laisse pas de place à l'interférence de la famille ou de la société. Au haut Moyen Âge, la maîtrise mobilière individuelle s'extériorise par une marque personnelle, qui fait penser aujourd'hui à l'appropriation de soi à travers le tatouage et autres techniques de marquage du corps, signes et preuves de l'appropriation de la substance de la chose. Aux alentours du 14^{ème} siècle, la forte emprise du propriétaire s'exprime sous forme d'adages intéressants : « Les meubles adhèrent aux os », « Les meubles suivent la personne ». Même si le meuble est « res », objet de droit réel, la connotation personnelle de l'appropriation est très forte : l'attraction de la chose au propriétaire est telle, pour les juristes médiévaux, que cela en serait presque un droit personnel⁹¹⁶.

Le concept de disponibilité du corps humain s'est littéralement embrasé depuis que les biotechnologies ont rendu possible la conservation hors du corps humain de certains de ses éléments⁹¹⁷, et les manipulations sur ceux-ci ou sur le corps en son entier, projetant celui-ci sur la scène juridique. Ces biotechnologies ont largement *objectivé* le corps, lui reconnaissant *de facto* une réalité juridique, astreignant le droit à le considérer de plus en plus clairement comme « objet » fractionnable⁹¹⁸. Objet pour le droit et pas encore réel objet de droit, en lequel

⁹¹⁵ Valentin NUSINOVICI, « Avoir un corps ? », *Journal français de psychiatrie*, vol. n° 24, n°1, 2006, pp. 4-6.

⁹¹⁶ V. « Propriété du meuble » in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1258.

⁹¹⁷ Quand elle a été posée, l'indisponibilité du corps humain a pu sembler être une règle dénuée d'exceptions, mais très tôt, des juristes lucides ont pu constater que ce statut était contredit par la réalité. Andrée Jack écrivait en 1933 : « Malheureusement, si ce principe possède les qualités trop rares d'être nettement formulé et universelle ment admis, il apparaît à la réflexion comme frappé d'un vice radical : il se révèle contraire aux faits », in Andrée JACK, « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 365. À l'époque en effet, la transfusion sanguine commençait, contre rémunération. Puis vinrent les prélèvements de cornée, les dons d'organes, les PMA et les dons de sperme et d'ovule, l'expérimentation sur les personnes qui se prêtent à des recherches médicales, et même la GPA à l'étranger. Et il devint impossible de prétendre que le corps était par nature indisponible.

⁹¹⁸ La recherche médicale prend le corps comme un objet morcelé en une série d'objets plus petits, que l'on répare grâce à des pièces détachées, chaque organe a son spécialiste. De même dans l'art pictural, des représentations du corps au 20^{ème} siècle se démarquent complètement de l'académisme antérieur. On observe un « processus culminant chez certains surréalistes et chez Picasso, qui perpétrent le

l'homme pourrait placer sa volonté et dont il pourrait disposer tout à fait comme bon lui semble, puisque le droit ne lui reconnaît pas à proprement parler la qualité de ce qui existe complètement en tant que chose⁹¹⁹.

Depuis une quarantaine d'années, le surgissement du droit de disposer de son corps se précise au sein de la jurisprudence européenne, en synergie avec la notion⁹²⁰ et le droit⁹²¹ à l'autonomie personnelle dont le champ d'application déborde naturellement celui de la libre disposition de son corps. La Cour affirmait déjà en 1981 que « certaines personnes peuvent ressentir le besoin d'exprimer leur personnalité par la manière dont elles décident de disposer de leur corps »⁹²². L'arrêt fondateur, *Pretty c. / Royaume Uni* conduit le juge européen à énoncer que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »⁹²³, ce qui consacre quasiment le droit à disposer de son corps, et comme le souligne malicieusement Michel Levinet, « il est plutôt piquant de relever que la consécration, expresse et solennelle, du *droit de disposer de son corps*, soit intervenue dans une nouvelle espèce de sadomasochisme qui a donné lieu au consternant arrêt *K. A. et A. D. c. / Belgique* »⁹²⁴, une affaire dans laquelle le juge de Strasbourg entérine « un droit de frapper et de blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle »⁹²⁵, et affirme clairement que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de l'autonomie personnelle »⁹²⁶. Qu'il s'agisse du droit de disposer de

sacrilège radical : celui de la dislocation anatomique et du métamorphisme », in Christine DÉTRETZ, *La construction sociale du corps*, op. cit., p. 192.

⁹¹⁹ V. Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, « Des Travaux », 1993, 252 p.

⁹²⁰ Michel LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n° 49, PUF, 2009, pp. 3-17.

⁹²¹ L'arrêt *Evans c. / Royaume Uni* indique que « la notion de vie privée, notion large (...) englobe entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle » (Gr. Ch., 10 avril 2007, §71 ; *RTDCiv.*, 2007, p. 295, note Jean-Pierre MARGUENAUD.C

⁹²² CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 66.

⁹²³ *Ibid.*, n° 2346/02, § 62.

⁹²⁴ Michel LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Jean-Manuel LARRALDÉ (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, p. 83.

⁹²⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » (CEDH, 1^{ère} sect., 17 février 2005, *K. A. et A. D. c. / Belgique*), *Recueil Dalloz*, 2005, Chron., p. 2975.

⁹²⁶ CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c. / Belgique*, § 83.

son corps en lien avec la vie sexuelle⁹²⁷, ou avec d'autres domaines⁹²⁸, ce droit semble donc de plus en plus entendu comme un droit fondamental en extension mais encore et toujours à conquérir⁹²⁹.

Mais le droit de disposer de son corps repose sur une présomption idéalisée : celle d'un individu autonome, apte à effectuer des choix existentiels singuliers, à satisfaire ses désirs responsables, et l'idée de réelle disponibilité implique une indulgence juridique certaine vis-à-vis de pratiques, d'aspirations et de goûts, même hors normes. Il n'est pas imaginable en effet d'envisager une protection générale de l'être humain qui ruinerait la disposition qu'il a de lui-même ; dans le cadre d'un rapport de soi à soi, on peut estimer que le droit n'a pas à être paternaliste⁹³⁰ dès lors qu'autrui n'est aucunement impliqué⁹³¹. Toutefois le désir de disposer pleinement et entièrement de son propre corps peut conduire à un égarement : l'aspiration narcissique⁹³² dans la recherche de ce que je suis. Disposer de son corps, c'est tout autant permettre toutes les

⁹²⁷ La sexualité d'une personne concerne forcément le droit de disposer de son corps, et dans ce domaine, la *logique du désir* est à l'œuvre. Elle concerne le droit de disposer de son propre corps, ou du corps que l'on souhaite, ou encore de celui d'autrui, et il faut ajouter la distinction que rappelle Jean-Pierre Marguénaud entre « le droit positif de disposer de son corps, et le droit négatif de ne pas mettre son corps à disposition d'autrui », et tout cela confronte le juge à de redoutables problèmes, in Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°49, 2009, pp. 19-27.

⁹²⁸ Entre autres contentieux portés devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, l'affaire du lancer de nain (v. Michel LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du lancer de bains devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Revue trim. dr. h.*, 2003, pp. 1017-1042), celles relatives au suicide et à la grève de la faim des personnes détenues, et celles afférentes à l'euthanasie.

⁹²⁹ Cf. Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, 160 p.

⁹³⁰ Les interdits sont régulièrement analysés comme les marqueurs paternalistes d'une protection des personnes contre elles-mêmes, et Muriel Fabre-magnan estime que qualifier de paternaliste toute préoccupation protectrice est souvent l'alibi d'une certaine indifférence au sort d'autrui, v. Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 184. En revanche, le danger du paternalisme généralisé demeure, Daniel Borrillo écrivait en 2019 qu'il donne « naissance à des lois limitant la liberté de l'individu de disposer de sa vie, de son cadavre, de sa manière de s'habiller, de son corps, de sa sexualité ou encore interdisant de reconnaître un enfant issu de GPA à l'étranger. De la droite conservatrice à la gauche populiste, la pensée illibérale répand l'idée selon laquelle certains choix ne peuvent être le fruit que d'une conscience aliénée », in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, op. cit., p. 8.

⁹³¹ Richard DESGORCES, « Agir contre soi », *Revue de Recherche juridique Droit prospectif*, n°1, 2003, p. 37.

⁹³² Selon Jean-Claude Kaufmann, « Notre société dominée par l'« ego » serait le lieu du repli de soi sur les limites de son corps comme marque de l'individu, et donc de l'avènement du narcissisme », in Jean-Claude KAUFMANN, *Ego. Pour une sociologie de l'individu*, Nathan Université, 2001, 288 p.

expériences que le négliger, le déprécier, et l'altérer, car l'imagination humaine est sans limite. Après tout, *res mobilis, res vilis*. En disant « oui » à sa jouissance, on prend le risque d'obéir à l'injonction : « jouis »⁹³³. De l'usage libre du corps à sa « consommation » comme d'une simple chose meuble, la personne à la recherche de son identité ne peut pas trouver de satisfaction dans ses fantasmes, car il lui faut toujours plus jouir et répondre à ses pulsions. Et « cette jouissance qui ne passe plus par le corps de l'autre laisse le sujet seul avec son objet, avec une jouissance égoïste, dénuée de désir et d'amour ; une jouissance qui ne satisfait pas »⁹³⁴. Nous sommes passés de l'oubli des corps à la promotion du contrôle et de la jouissance, un système qui pousse à aller toujours un peu plus loin, jusqu'à l'excès, et aux transgressions de toutes sortes. Disposer de son corps, c'est prendre le risque de le rendre accessible aux violences pulsionnelles et de le livrer à la « rage narcissique »⁹³⁵. On peut donc concevoir quelque inquiétude quant à ce processus d'objectivation du corps depuis la fin de la seconde guerre mondiale⁹³⁶, du fait qu'il ne cesse de s'établir et de s'étendre.

Dans un mouvement de refus de ce risque, le corps « chose meuble », peut être envisagé comme un trésor qui doit être protégé, et l'indisponibilité du corps devient un refuge.

B. L'indisponibilité du corps : la peur de la mort

Corollaire de la disponibilité du corps, le principe initial d'indisponibilité du corps continue d'occuper une place importante en droit, à la manière d'un invariant métaphysique. Un bastion même, quand il s'agit de gestation pour autrui. La personne humaine n'entretient pas réellement avec son corps un lien de personne juridique à chose, un droit subjectif, donc une prérogative de la personne saisie par le droit, organisée par un droit objectif. Le lien fort et très particulier que chacun nourrit avec son propre corps a pu être apparenté à un lien de propriété⁹³⁷,

⁹³³ Sur cet appel et ce commandement à la jouissance, v. Jacques LACAN, *Le séminaire, Livre XVI, D'un autre à l'autre*, Seuil, 2006, p. 90.

⁹³⁴ Guillermo RUBIO, « Plus-de-jouir et plus-value », *Champs lacanien*, vol. 5, n°1, 2007, p. 59.

⁹³⁵ Pierre DESSUANT, « L'analité, la maîtrise et le narcissisme », *op.cit.*, p. 768.

⁹³⁶ Depuis 3 lois parcellaires du 7 juillet 1949 dite loi Lafay qui encadrait le prélèvement thérapeutique de cornée, du 21 juillet 1952 sur le don et l'utilisation du sang humain, et du 22 décembre 1976 dite loi Caillavet sur le prélèvement d'organes sur personne vivante ou décédée, aux dernières lois de bioéthiques.

⁹³⁷ Cf. Bertrand LEMENNICIER, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », *in Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen,

réunissant des caractères de possession, d'exclusivité, d'absolu⁹³⁸, mais l'analyse de cette vision s'est avérée dangereuse du point de vue de l'éthique⁹³⁹, mal vue en droit positif⁹⁴⁰, et problématique sur le terrain psychanalytique. La jouissance du corps n'allant pas sans l'idée de destruction, le malaise est patent. C'est le discours de la modération qui ressurgit⁹⁴¹. Il faut disposer de son corps sans excès, il importe donc de discipliner cette liberté.

Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 27-44. V. également le bel article de Claire Neirinck qui écrit que « si les lois de bioéthique n'ont pas en apparence modifié les rapports que la personne entretient avec son corps, elles en ont néanmoins favorisé la maîtrise. Surtout, elles ont permis que la matière humaine soit légalement détachée de la personne qui constitue le support juridique de sa protection. Elles ont ainsi provoqué son glissement vers l'appropriation. Dès lors le corps humain est de moins en moins non appropriable, comme on va le voir ». L'auteur explique également que « la propriété se présente comme un rapport direct que le propriétaire exerce sur la chose. La force de ce droit s'exprime à travers ses trois caractères - exclusif, absolu et perpétuel - et les trois prérogatives qu'il confère à son titulaire sur sa propriété : *usus*, *fructus* et *abusus*. Si on compare le rapport existant, entre la personne et son corps, avec les caractères et les prérogatives du droit de propriété, on constate de nombreuses similitudes, les différences pouvant être perçues comme découlant de la spécificité de l'objet concerné, le corps. Ainsi le droit exercé sur le corps ne saurait être perpétuel en raison de notre nature mortelle. Mais les deux autres caractères du droit de propriété sont présents dans la maîtrise personnelle du corps. Le caractère exclusif induit que la propriété est un droit qui exclut de la chose tous les autres individus. Appliqué au corps, ce caractère exclusif relève de l'évidence et justifie le lien indissociable établi avec la personne, sujet de droit. Le caractère absolu trouve sa traduction spécifique dans la règle de l'inviolabilité du corps humain qui consacre son intégrité. Personne ne peut y toucher sans l'accord de l'intéressé (...). Si on compare la maîtrise du sujet de droit sur son propre corps à la maîtrise que le droit de propriété confère au propriétaire sur ses biens, on peut admettre que la maîtrise corporelle ressemble à un droit de propriété ; il est cependant impossible de retenir la qualification d'une propriété exercée sur son propre corps », in Claire NEIRINCK, « Le corps humain », in Daniel TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation du débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, *op. cit.*, pp. 117-127.

⁹³⁸ Cf. l'art. 544 C. civ. : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁹³⁹ En tant qu'« ensemble de principes et de valeurs guidant des comportements sociaux et professionnels, et inspirant des règles déontologiques (de bonne conduite ou de bonnes pratiques), ou juridiques », v. « éthique », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 421.

⁹⁴⁰ La réflexion sur la nature juridique des droits d'une personne sur son corps s'est construite de façon réactive *contre* la figure de la personne propriétaire de son corps.

⁹⁴¹ Stéphanie Hennette-Vauchez estime même que le droit de disposer de son corps ne serait qu'une simple « commodité de langage », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, p. 132. Daniel Borrillo écrit qu'« À y regarder de plus près, en faisant l'abstraction du discours politique qui accompagne l'évolution juridique, on s'aperçoit que les lois relatives à la dimension physique de la personne ne consacrent pas l'autonomie de l'individu sur son corps et sur sa vie, mais se limitent à dépénaliser un certain nombre de pratiques comme la contraception, l'avortement, le changement de sexe ou l'accouchement « sous X », au point que la libre disposition de soi apparaît plus comme une image creuse que comme une véritable prérogative individuelle, in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, *op. cit.*, pp. 35-36.

Le corps humain est apparu sur la scène du droit quand la loi a peu à peu dégagé le bien-fondé de son indisponibilité en posant les principes de son inaccessibilité et de son inviolabilité : il est indissolublement lié à la personne⁹⁴², et la question s'est posée de savoir si, en vertu d'un principe d'autonomie personnelle, on pouvait disposer d'un organe⁹⁴³. Cette proposition simple a conduit à une forme de « terreur ». Car si on pouvait user, jouir et abuser d'une partie de son corps que l'on pourrait donner, louer ou vendre, on pourrait alors aller jusqu'à se déposséder complètement de son corps, tel le personnage du roman d'Éric Emmanuel Schmidt, l'Adam bis⁹⁴⁴ qui se vend lui-même à un mécène. L'idée hallucinée que le corps puisse être une simple chose, un objet au service du sujet, a donné lieu à un foisonnement de textes parcellaires qui ont tenté d'endiguer le processus⁹⁴⁵, sans ne résoudre complètement ni la question de la propriété du corps, ni l'énigme de sa libre disposition.

L'esprit de la modération a donné le ton des textes législatifs⁹⁴⁶ élaborés au fur et à mesure des progrès scientifiques. Le don du corps à la science a été autorisé par la loi du 15 novembre 1887, le legs⁹⁴⁷ des yeux en vue d'une greffe de cornée est possible depuis la loi Lafay du 7 juillet 1949. Un décret du 20 octobre 1947 a permis les prélèvements *post mortem* y compris sans autorisation familiale, jusqu'à ce que la loi Caillavet du 22 décembre 1976 vienne à la fois favoriser les prélèvements sur cadavres, et encadrer ceux réalisés sur une personne vivante.

⁹⁴² Dans son traité de droit civil, Gérard Cornu affirme que « Le corps humain n'est pas une chose ; c'est la personne même. Il s'agit de l'être et non de l'avoir... Le droit ne fait qu'entériner ce que le fait rend évident : que le corps est la personne en chair et en os, la personne incarnée », in Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2005, p. 211.

⁹⁴³ Le 3 juin 1969, le TGI de Paris déniait implicitement le principe de l'autonomie de la volonté quand une jeune fille mineure qui avait accepté de tourner un film, se vit obligée par contrat de se faire tatouer une tour Eiffel rose sur une fesse, et surtout d'accepter ensuite que ce tatouage lui soit retiré avec la peau. Cette convention qui portait sur le corps humain fut jugée nulle, de nullité absolue.

⁹⁴⁴ Eric-Emmanuel SCHMITT, *Lorsque j'étais une œuvre d'art*, Albin Michel, 2002, 294 p.

⁹⁴⁵ La réticence à la complète disposition de notre corps s'originant dans une idée qui semble tout à fait évidente : les êtres humains ne sont pas des objets commercialisables, ni en pièces détachées, ni en totalité.

⁹⁴⁶ Cf. Montesquieu qui faisait de la modération la vertu première du législateur : « L'esprit de la modération doit être celui du législateur », *L'esprit des Lois*, (XXIX, 1). (1748), Gallimard 1995, p. 378.

⁹⁴⁷ Le legs de son corps à la science est aujourd'hui indirectement régi par le Code général des collectivités territoriales (Art. R2213-13 CGCT, qui repose sur l'art. 3 de la Loi du 15 novembre 1887 : « Tout individu peut régler les conditions de ses funérailles (...). Sa volonté exprimée dans un testament (...) a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens », précisé par le Décret 76-435 du 18 mai 1976 : « Un établissement d'enseignement et de recherche ne peut accepter de don du corps que si l'intéressé en a fait déclaration écrite, datée et signée de sa main », et une adaptation jurisprudentielle de l'article 895 du Code civil (« Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer »).

Enfin la loi Huriet du 20 décembre 1988 est venue protéger les personnes qui se prêtent à l'expérimentation médicale. Les débats sur la contraception⁹⁴⁸ et l'IVG⁹⁴⁹ ont fait rage en leur temps et semblent aujourd'hui datés. Mais aujourd'hui, il n'est pas question d'envisager la légalisation de la GPA derrière laquelle s'agitent les spectres de l'esclavagisme, de l'aliénation de soi, et de l'exploitation mercantile du corps⁹⁵⁰ ; pas question non plus d'euthanasie⁹⁵¹ ni de suicide assisté⁹⁵². Le 11 juillet 2018, le Conseil d'État dans son étude sur le cadrage juridique préalable au réexamen de la loi relative à la bioéthique, se prononçait contre l'euthanasie et le

⁹⁴⁸ Daniel Borrillo cite un député gaulliste qui affirmait avec véhémence que la pilule allait « favoriser davantage les amours illicites et ébranler les assises de la famille », mettant toute la Nation en péril, et avec la même virulence, les élus conservateurs annonçaient qu'« une flambée inouïe d'érotisme entretenue et attisée par la propagande politique en faveur des techniques anticonceptionnelles hormonales menacent notre pays », in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, p. 56.

⁹⁴⁹ L'argument de « fin de la civilisation » était à nouveau mis en avant, au point que le député catholique Pierre Bars annonçait en 1974 : « c'est changer de civilisation, effectivement, qu'écrire avec notre droit que le fort peut tuer le faible » ; le député Perrut décrétait « aujourd'hui, c'est l'avortement, demain ce sera la suppression d'un enfant victime d'un handicap, après-demain l'euthanasie » ; et le député Jacques médecin prophétisait « : « En France, comme partout, le commerce de la mort deviendra une spécialité lucrative d'avorteurs et d'avortoirs patentés où l'on se préoccupera de la revente des fœtus avortés (...) ou l'on procèdera à des expériences dites scientifiques. C'est la barbarie organisée par la loi comme elle le fut, hélas, il y a trente ans par les nazis en Allemagne », in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir, op. cit.*, p. 57.

⁹⁵⁰ V. le résumé de la note d'analyse de Daniel BORRILLO, « Le jacobinisme bioéthique, mettons fin à une exception française », *Génération libre*, novembre 2020, 20 p., qui indique que : « La liberté de l'individu de disposer de son corps et de sa vie, soubassement de l'État libéral, demeure en France l'exception. C'est, en effet, à partir d'une justification clinique que l'individu est autorisé à agir et non pas comme créancier des droits subjectifs sur sa propre personne. Le champ d'intervention publique sur le corps et sur la vie apparaît sous diverses formes et, en matière bioéthique, se manifeste notamment par l'interdiction de la GPA (...). Si la nouvelle révision des lois bioéthique a permis certaines avancées comme l'accès de toutes les femmes à la PMA ou la recherche limitée sur les cellules embryonnaires, l'idéologie demeure la même : le paternalisme médical et le jacobinisme bioéthique ».

⁹⁵¹ L'euthanasie est considérée en France comme un homicide volontaire : « Si le suicide n'est pas punissable, le fait de donner la mort à un tiers sur sa demande constitue en droit un homicide volontaire », Toulouse, 9 août 1973, *D.*, 1974, p. 452. L'euthanasie est assimilable à un empoisonnement ou à la provocation au suicide, c'est un meurtre puni par l'art.221-1 C. pén. Les lois Leonetti du 22 avril 2005 et du 2 février 2016 n'ont pas modifié sa prohibition, elles limitent seulement l'acharnement thérapeutique et proposent une sédation profonde. La rigidité de l'État est nuancée par la clémence de la justice face à des cas dramatiques, cf. Béragère LEGROS, *L'euthanasie et le droit. État des lieux sur un sujet médiatisé*, Les études hospitalières, Essentiel, 2004, 150 p.

⁹⁵² La CEDH estime que l'article 2 de la Convention « ne confère nullement à l'individu un droit d'exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès », in CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. / Royaume Uni*, § 63. Par ailleurs, l'art. 223-13 C. pén. indique que « Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide. Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans ».

suicide assisté au motif qu'une assistance active à mourir contredirait les missions de la médecine.

L'État garde la maîtrise des corps de ses sujets, il décide souverainement ce que nous pouvons chacun faire de notre corps, grâce à des lois, conçues comme « défensives »⁹⁵³, qui confisquent une part de notre liberté en nous protégeant contre nous-mêmes⁹⁵⁴. Le juge, modérateur de jouissance, a relayé le législateur, permettant de se droguer⁹⁵⁵, de forniquer, d'avorter⁹⁵⁶, tout en posant des interdits. Le principe d'indisponibilité du corps humain a été fermement affirmé dans l'arrêt des mères porteuses de 1991⁹⁵⁷, réaffirmé en 1994⁹⁵⁸ par une jurisprudence concordante, puis par les lois de bioéthique de 1994⁹⁵⁹, traitant « des problèmes éthiques et des questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé »⁹⁶⁰. D'autres lois les réviseront ou les compléteront, celles du 6 août 2004⁹⁶¹, celle du 7 juillet 2011⁹⁶², et un nouveau projet de loi bioéthique, passionnément débattu, adopté par le Sénat le 4 février 2020, passé en deuxième lecture à

⁹⁵³ Véronique FOURNIER, *Le bazar bioéthique. Quand les histoires de vie bouleversent la morale publique*, Robert Laffont, Le monde comme il va, 2010, 216 p.

⁹⁵⁴ Cf. Diane ROMAN, « À corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1284-1293. Une vision confortée par le droit européen, puisqu'au nom de la protection de la santé, on « peut mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures pratiques pour protéger l'individu (...) dans certaines circonstances particulières, contre lui-même », in CEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c. / Turquie*, §70.

⁹⁵⁵ L'alcool, le tabac, et.

⁹⁵⁶ La dernière révision de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse (précédée par d'autres révisions qui ont permis son remboursement total, une augmentation de son délai de 12 à 14 semaines d'aménorrhée, la suppression de la notion de détresse, l'anonymat et la gratuité pour les mineures, la suppression du délai de réflexion), a été mise en place par la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, qui permet l'accès à une stérilisation à visée contraceptive. Mais entre la théorie et la pratique, de réelles difficultés d'accès au droit à l'IVG persistent, notamment en raison de la « clause de conscience » que certains médecins mettent en avant pour refuser de pratiquer l'IVG, et du problème du dépassement du délai légal.

⁹⁵⁷ Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105, 125, JCP, 1991, II, n°21752, note Terré ; Defrénois, 1991, 1267, obs. Aubert.

⁹⁵⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, Bull. civ. I, n° 226.

⁹⁵⁹ V. paragraphe suivant, « La jouissance d'un patrimoine ».

⁹⁶⁰ Cf. Jean-René BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, Lextenso, 2017, p.14.

⁹⁶¹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Elle prévoit de nouvelles dispositions, comme l'interdiction du clonage humain, elle crée l'Agence de biomédecine, et elle prévoit une clause de révision à 5 ans.

⁹⁶² Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique. Elle acte du principe d'un débat public sous la forme d'États généraux de la bioéthique précédant la prochaine révision qui doit intervenir endéans les 7 ans ; v. Aussi la journée d'étude de l'université de Toulon, sur *La révision des lois bioéthiques et l'évolution de la conception de la personne humaine*, les 17 et 18 octobre 2019.

l'Assemblée le 29 juillet 2020, examinée par le Conseil Constitutionnel le 29 juillet 2021, finalement promulguée le 2 août 2021, c'est la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique qui élargit l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes, les femmes en couples et les femmes célibataires.

La doctrine contemporaine traversée par des controverses virulentes et importantes, recherche toujours, majoritairement, l'équilibre, en conjuguant droit des personnes et droit des biens. Tant que la personne est vivante, son corps est qualifié de personne par nature, et ses prothèses sont affectées au même régime en tant que personnes par destination. Mais séparé de la personne, le corps morcelé ou entier devient « meuble par nature »⁹⁶³. De son vivant, une personne peut anticiper le moment où elle sera séparée de son corps⁹⁶⁴, c'est une forme de liberté d'expression⁹⁶⁵. Son corps devient alors « meuble par anticipation ». Ces techniques de fictions permettent au droit positif d'appréhender la réalité juridique aux multiples visages que recouvre le corps humain. Pendant la vie, le corps épouse surtout le régime juridique de la personne en suivant l'adage *accessorium sequitur principale*. Les règles civiles et pénales qui forment le droit des personnes s'appliquent au corps, et la personne n'est juridiquement pas plus

⁹⁶³ Claire Neirinck indique que « détachée, la matière humaine échappe à la protection que lui assure son arrimage à la personne », in Claire NEIRINCK, « Le corps humain », in Daniel TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation du débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, *op. cit.*, pp. 117-127.

⁹⁶⁴ Mais elle ne dispose de l'avenir de son cadavre que de manière très restreinte : inhumation ou incinération, mais pas de cryogénéisation (CE 29 juill. 2002, *Droit & Patrimoine*, n° 110, déc. 2002, note G. LOISEAU), ni d'embaumement, ni aucune « fantaisie », et les cendres des défunts ne sont pas disponibles librement pour les familles, elles ne peuvent être ni partagées, ni conservées, la législation funéraire précise dans l'article L2223-18-2 CGCT qu' « À la demande de la personne ayant qualité pour pourvoir aux funérailles, les cendres sont en leur totalité : – soit conservées dans l'urne cinéraire, qui peut être inhumée dans une sépulture ou déposée dans une case de columbarium ou scellée sur un monument funéraire à l'intérieur d'un cimetière ou d'un site cinéraire visé à l'article L2223-40 ; – soit dispersées dans un espace aménagé à cet effet d'un cimetière ou d'un site cinéraire visé à l'article L. 2223-40 ; – soit dispersées en pleine nature, sauf sur les voies publiques.

⁹⁶⁵ La loi du 15 novembre 1887 dispose que : « Chacun dispose de la liberté d'organiser ses propres funérailles. La loi du 15 novembre 1887 dispose que « toute personne en état de tester peut régler l'ensemble de ses funérailles de son vivant et comme elle le souhaite, l'expression de sa volonté ayant une valeur testamentaire ». Le choix libre de la sépulture, qui sous la III^{ème} République avait une signification politique est la continuation de la liberté d'expression post-mortem, limitée par des considérations de salubrité publique (le corps s'abîme, il faut donc le conserver ou le détruire). Mais dans ce domaine la moralité publique est omniprésente et justifie l'interdiction de cryogénéisation ou de tout procédé différent qui aurait pour conséquence de maintenir un mort dans le monde des vivants. D'autre part, la « tranquillité » des défunts impose un principe général d'inviolabilité des sépultures qui fait barrage à toute exhumation, sauf dans des hypothèses précises prévues par le droit pénal.

propriétaire de son corps que de sa qualité de sujet de droit. Le droit, en réprimant une longue série d'actes volontaires ou involontaires attentatoires au corps humain tels que les atteintes illicites à la vie et à l'intégrité physique ou psychique, en maîtrisant autant que possible notre libre disposition de notre corps⁹⁶⁶, opère une coupure essentielle qui fait écho en psychanalyse : alors que l'enfant a déjà été séparé du corps de la mère, ce même enfant devenu adulte ne peut pas librement disposer de son propre corps. Une double castration est donc à l'œuvre, sous la surveillance paternelle du juge qui peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou à faire cesser les atteintes au corps humain ou à ses produits⁹⁶⁷. Les articles 16⁹⁶⁸ et 16-1⁹⁶⁹ du Code civil affirment que la personne humaine est inviolable en son corps, ce qui implique que la créance d'une obligation de faire ne peut s'exécuter sur la personne de son débiteur, et *a fortiori* sur son corps⁹⁷⁰, quelle que soit la force des articles 1217⁹⁷¹ et 1221⁹⁷² et suivants, du même code.

⁹⁶⁶ La maîtrise du corps doit être analysée en termes de liberté publique (*cf.* J. RIVERO, *Les libertés publiques, le régime des principales libertés*, PUF, Thémis, 1983, p. 91), c'est pour les individus une forme d'autonomie limitée, reconnue par l'État à ses sujets. L'exercice de cette autonomie est en effet très encadré quand une personne veut faire appel à autrui pour réaliser certains actes, comme l'aide au suicide ou l'euthanasie.

⁹⁶⁷ C'est l'art. 16-2 C. civ. : « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ».

⁹⁶⁸ Art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

⁹⁶⁹ Art. 16-1 C. civ. : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

⁹⁷⁰ Le 3 juin 1969, le TGI de Paris déniait implicitement le principe de l'autonomie de la volonté lors d'une affaire qui impliquait une jeune fille mineure ayant accepté de tourner un film, et pour les besoins duquel elle devait se faire tatouer une tour Eiffel rose sur une fesse, et accepter ensuite que ce tatouage lui soit retiré avec la peau. Cette convention qui porte sur le corps humain fut jugée nulle.

⁹⁷¹ Art. 1217 C. civ. (modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 art. 10) : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

⁹⁷² Art. 1221 C. civ. (modifié par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 art. 10) : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ».

La reconnaissance d'un droit de la personne sur son corps est équivoque⁹⁷³. On peut imaginer qu'elle soit libre d'en disposer avec le risque de le détruire entièrement ou partiellement, et dans le même temps, le droit pénal punit tout ce qui peut entraver sa liberté physique. Le principe est qu'il protège des agressions physiques et psychiques commises par autrui, alors même qu'une personne pourrait y avoir consenti. Le consentement à la jouissance n'est pas un fait justificatif aux infractions qui atteignent la vie, la santé, l'intégrité physique et psychique, il ne rend pas le corps disponible. Consentir ne constitue pas un fait justificatif à une infraction pénale, à la mise en danger d'autrui, aux atteintes à l'intégrité, à la dignité⁹⁷⁴, à l'existence, ces agissements sont prohibés et incriminés par le droit. Il importe peu qu'une personne ait accepté qu'une atteinte corporelle soit perpétrée à son détriment : elle n'est pas seule en cause. La répression est « hors du commerce juridique »⁹⁷⁵. Ce principe est assorti d'exceptions connues, qui sont la permission explicite de la loi en cas de coups et blessures occasionnés lors de sports violents quand les règles sont respectées, et de nombreuses lois d'exception rendent licite ce que l'article 16-3 du Code civil⁹⁷⁶ nomme les atteintes à l'intégrité du corps humain, en cas de nécessité médicale pour la personne, accomplies avec le consentement du patient⁹⁷⁷.

La jurisprudence de la CEDH traduit bien cette équivocité. Le respect de la vie privée consacré par le droit permet une singularisation des choix personnels, l'individu est présumé apte à

⁹⁷³ Le « droit de disposer de soi » s'apparente à un droit de la personnalité, en tant qu'il est non patrimonial, inaliénable, intransmissible, et imprescriptible. Il demeure que les droits de la personnalité sont davantage tournés vers la protection des attributs de la personnalité, que vers la réelle et concrète disposition du corps, la notion juridique de personne étant plutôt une notion fonctionnelle qui ne répond pas à un contenu substantiel, v. Étienne PICARD (préf.), in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, op. cit. p. 12.

⁹⁷⁴ Le corps pensé comme attribut essentiel de la personne, comme support incarné d'humanité, impose théoriquement des devoirs, contenus dans l'impératif catégorique de la dignité, puisque dans cette perspective, exercer une libre disposition sur son corps, c'est aussi disposer de sa personne.

⁹⁷⁵ Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel*, tome 1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 475.

⁹⁷⁶ Art. 16-3 C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁹⁷⁷ C'est parce que le prélèvement et la greffe d'organes, ou l'assistance médicale à la procréation, nécessitent une intervention médicale, et donc la mise à disposition de son corps à autrui, que les lois de bioéthique ont fixé un cadre, lequel représente une permission de la loi donnée aux professionnels de la médecine pour intervenir sur le corps de celui qui y consent, sans engager leur responsabilité civile ou pénale.

effectuer ses propres choix, à trouver librement la voie qui sied à son plein épanouissement⁹⁷⁸, ainsi que l'a reconnu la CEDH en 2002⁹⁷⁹, mais pour certains juristes, l'histoire de cette consécration s'apparente parfois à l'éclosion d'une « délicate fleur de lotus sur un lit de vase »⁹⁸⁰ du fait d'exceptions à caractère purement sexuel.

Dans une première affaire de 1997 qui avait à connaître de pratiques sadomasochistes, l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown c. / Royaume Uni*, en 1997⁹⁸¹, la Cour avait conclu à une absence de violation de l'article 8 de la Convention EDH qui protège la vie privée, dans le cadre de pratiques qui portaient directement atteinte au corps. À l'origine, les trois requérants et plusieurs autres personnes, avaient été inculpés pour coups et blessures alors qu'ils pratiquaient avec ardeur le sadomasochisme. Des scènes filmées montraient des mauvais traitements sur les parties génitales (hameçons, cire chaude, aiguilles) mais aussi des marquages au fer rouge ou encore des lésions infligées diversement. Condamnés par les juridictions anglaises, les requérants saisirent la Cour dans l'espoir que leur liberté de jouir à leur guise soit reconnue. Le juge considéra au contraire que l'État n'avait pas outrepassé sa marge d'appréciation en protégeant ses citoyens contre eux-mêmes, en raison de du caractère « particulièrement grave » des violences infligées aux corps⁹⁸². Mais la Cour prit la décision de se rabattre sur un critère de santé publique⁹⁸³, pour expliquer qu'il était normal que l'État anglais, « paternaliste »⁹⁸⁴ et

⁹⁷⁸ CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c. / Pologne*, §107 ; CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. / Royaume-Uni*, §71.

⁹⁷⁹ Est reconnue « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend (...), qui peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne », in *Pretty c/ Royaume Uni*, 29 avril 2002, Rec. 2002-III, §62.

⁹⁸⁰ V. Anne-Blandine CAIRE, « Le corps gratuit. Réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation d'éléments et de produits du corps humain », in *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 868.

⁹⁸¹ CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. / Royaume Uni*, n° 21627/93, 21628/93, 21974/93. V. Jean-Manuel LARRALDE, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 97 à 101.

⁹⁸² V. Michel LEVINET, in Muriel FABRE-MAGNAN, Michel LEVINET, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Françoise TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », PUF, *Droits*, n°48, 2009, p. 9.

⁹⁸³ Pour une déconstruction de cet argument, v. Olivier CAYLA, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in *La liberté sexuelle, op.cit.*, pp. 89-105.

⁹⁸⁴ L'expression est de Pierre-Yves QUIVIGER, « Du droit au consentement. Sur quelques figures du paternalisme, des sadomasochistes aux témoins de Jéhovah », in *Raisons politiques*, 2012, pp.79-94.

bienveillant, prenne soin de ses citoyens, avec la notion de *care*⁹⁸⁵. Si la conclusion du juge fut saluée par certains pour son équilibre ; elle fut démontée par la critique qui arguait notamment d'une dénonciation morale⁹⁸⁶ implicite de la jouissance. Le juge européen, instance paternelle moralisatrice, avait, au regard de la violence des faits, barré la route à la toute-puissance du sujet en venant le protéger contre lui-même.

La même Cour, huit ans plus tard, saisie d'un cas tout aussi frappant, formulait une réponse différente pour échapper aux critiques suscitées par la décision de 1997. Mais l'affaire *K. A. et A. D c. / Belgique*, est au moins aussi emblématique de l'équivoque du juge ou du législateur⁹⁸⁷ confrontés au désir intense et extrême de disposer de son corps. Dans cette affaire, deux acolytes avaient administré brûlures, lavement, suspension, torture du sexe par des aiguilles et des poids, infibulation des seins, chocs électriques à l'épouse de l'un d'entre eux. Des séances avaient été filmées, et la police belge les avait découvertes lors d'une enquête étrangère à ces faits. Le ministère public avait poursuivi les deux tortionnaires, alors que l'épouse n'avait ni porté plainte, ni témoigné à charge contre eux. Condamnés pour coups et blessures, les inculpés avaient formé un recours devant la Cour européenne en arguant notamment d'une atteinte

⁹⁸⁵ Une notion qui permet aussi bien plus largement, ainsi que l'expose Daniel Borrillo, qu'au nom de l'affection et du bien-être « on interdit à une personne de solliciter une aide au suicide, d'assister sexuellement une personne handicapée, de se prostituer, de porter un enfant pour autrui, de participer à un spectacle de divertissement (lancer de nain), de se faire inséminer avec le sperme de son compagnon décédé, de s'adonner à des pratiques sexuelles extrêmes ou de porter le voile intégral », in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, p. 27.

⁹⁸⁶ Si l'on se réfère à ce que pourrait être la moralité publique, elle n'est nulle part explicitement mentionnée, elle est délicate à cerner, puisqu'il s'agit de moralité au sens juridique du terme, et non au sens philosophique. Il s'agirait de « ce qui caractérise, en bien ou en mal, le comportement d'une personne ou d'une société (...), de ce qui est conforme aux normes morales admises dans le milieu de référence », in Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 667. Ce qui est moral est ce qui est conforme aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à un comportement conforme à des règles imposées par une certaine morale sociale. Ce qui semble assez imprécis et insatisfaisant pour le juriste, à la fois dans l'espace, et dans le temps, puisque le concept est instable et variable. La jurisprudence a pu en tenir compte en fonction de circonstances locales, de risques sérieux de troubles à l'ordre public matériel (CE, 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia*, 36385 36428, publié au recueil Lebon), ou l'assimiler à la dignité, c'est le cas de la solution de l'affaire du lancer de nain précédemment mentionnée.

⁹⁸⁷ V. aussi par exemple l'affaire CEDH 9 janvier 2003, *L. et V. c. / Autriche*, jugée le 9 janvier 2003 dans laquelle la Cour avait condamné l'Autriche à indemniser trois personnes homosexuelles autrichiennes, du fait que leur pays avait tardé à abroger une loi pénale qui sanctionnait les relations entre homosexuels adultes et adolescents consentants, âgés de 14 à 18 ans, plus strictement qu'entre personnes lesbiennes se trouvant dans des conditions similaires.

disproportionnée à leur vie privée : le cadre était privé, l'épouse avait consenti à la séance et n'en portait pas de séquelle.

Si en 2005, dans cette affaire *K. A. et A. D. c./ Belgique*, la Cour fait pour la première fois explicitement mention du droit à la libre disposition corporelle en affirmant que le « droit de disposer de son corps fait partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »⁹⁸⁸, elle pose une limite en conditionnant la liberté sexuelle au consentement⁹⁸⁹. Si on peut penser comme Samuel Etoa que cette approche ouvre la voie à une extension considérable du pouvoir de la personne sur son propre corps⁹⁹⁰, on peut aussi être dubitatif. Car pour conserver le caractère très particulier des pratiques sadomasochistes, le consentement initial « doit » justement être violé à un moment ou à un autre. S'il y a consentement, il n'y a pas véritablement sadisme⁹⁹¹. La transgression de la loi est au cœur du plaisir⁹⁹². En imposant le consentement aux pratiques, le juge ne fait que rappeler l'interdit qui est le moteur de la pratique.

Il est certain que ces expériences de la subjectivité peuvent paraître traumatisantes et mettent en lumière le narcissisme destructeur du sujet. Les pratiques sadomasochistes jouent avec la mort et on peut comprendre le souci et la difficulté pour le juge de poser des limites. On peut aussi voir dans sa position « modérée » une posture de renoncement intenable. Cette relation équivoque au corps se retrouve dans la bible : d'un côté le Christ annonce le *nolli me tangere* qui justifie l'inviolabilité du corps, assimilée à son indisponibilité⁹⁹³, de l'autre, il offre son

⁹⁸⁸ CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c. / Belgique*, n° 42758/98, 45558/99, § 83.

⁹⁸⁹ Emmanuelle Lagarde écrit qu'« il faut bien comprendre que le juge européen cautionne la condamnation pénale des requérants, non pas en raison de la violence de leurs pratiques sexuelles, assimilables à des actes de torture et de barbarie, mais de l'absence de consentement de leur partenaire », in Emmanuelle LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse de doctorat en droit privé, université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, p. 89.

⁹⁹⁰ V. Samuel ETOA, « Corps humain et liberté » in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, p. 22.

⁹⁹¹ Jacques AMAR, « Cruauté : quand la sensibilité fait le droit », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, pp. 583-601.

⁹⁹² En effet, dans ce cas particulier, la Loi, en imposant que le consentement demeure, en lui donnant une telle toute puissance, incite à la transgression de ses propres dispositions.

⁹⁹³ Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in Jean-Manuel LARRALDE, COLLECTIF, *La libre disposition de son corps*, op. cit., p. 345.

corps sans limite comme acte d'amour : « Prenez, car ceci est mon corps, ... buvez, car ceci est mon sang ».

Entre interdits et libertés, nous oscillons sans cesse. Entre l'angoisse du désir et la peur de l'immobilité, nos discours se contredisent : discours de la psychanalyse qui depuis Lacan, s'est massivement converti au discours sur la jouissance⁹⁹⁴, discours du juriste prudent qui pose d'abord la limite pour se rassurer et qui permet au cas par cas, la jouissance.

Section II

La jouissance d'un patrimoine

« Nous semblons être à la veille d'avoir la main sur le développement de notre corps, et même de notre cerveau. Avec la découverte des gènes, il semble que nous serions bientôt en mesure de contrôler le mécanisme de l'hérédité biologique »⁹⁹⁵.

Pierre Teilhard de Chardin

Jouir de son corps comme d'un élément de son patrimoine : l'idée est en principe juridiquement impossible. L'article 16-1 énonce le principe de non-patrimonialité du corps humain⁹⁹⁶. Le législateur a sans doute voulu protéger la personne en mettant à l'abri du commerce juridique la chair humaine. Mais la jouissance est possible. Elle est profondément ancrée dans la manière dont la personne depuis son enfance prend conscience de son corps, en apprenant à se faire jouir. Elle est aussi juridiquement autorisée car selon la définition juridique, la personne peut faire usage de son corps, en tirer avantages. Elle peut en percevoir les fruits, les produits, qui représentent le *fructus*, le *jus fruendi*⁹⁹⁷. Ce mouvement s'intensifie, notamment du fait des

⁹⁹⁴ Jacques-Alain Miller propose une « philosophie de la jouissance », in Sandrine AUMERCIER « Quelle jouissance et quel salut de la psychanalyse ? », *Psychanalyse*, vol. 19, no. 3, 2010, pp. 45-63.

⁹⁹⁵ Cité par Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme : faut-il avoir peur de l'avenir ?*, Eyrolles, Essais, 2016, p. 97.

⁹⁹⁶ L'article 16-1 al. 2 du Code civil dispose clairement que « le corps humain, ses éléments, ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

⁹⁹⁷ Dans un sens large, la jouissance englobe l'*usus*, le droit de se servir personnellement d'une chose.

avancées de la médecine. Progressivement le corps se patrimonialise⁹⁹⁸ et participe à la construction d'une universalité de droit, un « tout » comprenant des biens présents et à venir⁹⁹⁹. Cette évolution n'est pas sans poser de problème. Ce qui longtemps a été considéré comme un « inestimable objet ¹⁰⁰⁰» peut désormais être évalué financièrement. Ce qui ne pouvait pas être transmis car le corps meurt, peut désormais l'être morceau par morceau. Donnés, vendus, des organes se greffent. Du sang est transfusé. Du sperme est conservé puis utilisé. Cette transmission bouleverse les généalogies car là où une personne pouvait mourir, elle continuera à vivre grâce à l'organe d'un autre. Comment penser juridiquement cette impensable succession de nos éléments patrimoniaux ? C'est cet étrange héritage de notre patrimoine qui n'est pas seulement génétique qu'il faut interroger pour déchiffrer sa signification. Car si le corps permet qu'une personne humaine soit identifiée matériellement, qui suis-je si mon corps n'est pas vraiment moi ? Ces questions sont considérables ne serait-ce que pour comprendre ce qui se joue d'une part, dans la manière dont on estime¹⁰⁰¹ et dont on exploite le corps comme une ressource (I) et d'autre part, dans son appréhension comme un inventaire d'éléments (II).

⁹⁹⁸ Le terme de patrimoine est étymologiquement issu de *patrimonium* en latin, il désigne les biens de famille qui viennent du père, des ascendants, qui doivent être gérés dans l'intérêt familial pour être à leur tour transmis aux générations suivantes ; il s'inscrit dans la durée, il est synonyme d'héritage, indissolublement lié à la personne, v. « patrimoine », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1132.

⁹⁹⁹ Selon la conception originale et novatrice d'Aubry et Rau, inspirée du juriste allemand Zachariae, l'idée est que le patrimoine désigne l'ensemble des biens et obligations, reçus par succession, mais aussi présents et à venir, appartenant à une personne, et formant une universalité de droits. Toute personne physique dispose donc d'un patrimoine, c'est même une « capacité de jouissance » unique dont elle ne peut être dépouillée. Mais les éléments qui le composent peuvent être vendus, cela correspond à une logique patrimoniale, à une circulation des biens. Au sens de Planiol, le patrimoine est plutôt « un ensemble de charges et de droits appréciables en argent », ce qui conduit à distinguer les droits patrimoniaux, qui sont au sens de *l'avoir* et requièrent l'application des droits de la propriété, sur les meubles et immeubles, sur les choses corporelles ou incorporelles, et les droits extrapatrimoniaux, qui relèvent de la personne et qui sont au sens de *l'être* (droits publics ou privés, liés à la personne dans sa dimension physique ou spirituelle. Les uns seraient destinés à circuler, les autres ne pourraient être détachés de la personne (selon Alain Sériaux, *Encycl. Dalloz*). Cette distinction basée sur l'article 16-1 du Code civil doit être atténuée, car le patrimoine a deux sens ; d'un côté il est destiné surtout aux besoins de son propriétaire qui les utilise au mieux de ses intérêts, de l'autre, il est voué à la conservation et à la transmission. Ces deux vocations peuvent parfois se conjuguer, et ne font que rejoindre les deux acceptions du patrimoine au sens commun.

¹⁰⁰⁰ Cf. le titre de l'ouvrage de Pierre LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission, op.cit.*

¹⁰⁰¹ La nomenclature Dintilhac, un support utilisé par la plupart des professionnels du droit, permet en effet de chiffrer de façon précise le montant de l'indemnisation qui peut être obtenue par une victime pour les dommages corporels subis lors d'un accident. Différents postes détaillent les préjudices imputables à l'accident, et sont additionnés pour obtenir une somme globale. C'est ainsi que l'on vous apprendra qu'une jambe ou un œil perdus valent telle ou telle somme, tous postes comptabilisés.

I. Le corps comme ressource

« Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen »¹⁰⁰².

Emmanuel Kant

Les progrès scientifiques du 20^{ème} siècle, en investissant le corps humain, en le dissociant peu à peu de la personne et en renforçant l'idée de son instrumentalisation, presque de sa mécanisation, ont, en même temps qu'ils réalisaient de vieux rêves de l'humanité, amené à se poser des questions jusqu'alors inimaginables, situées dans une interface, entre droit, biologie, psychologie et philosophie. L'amélioration des connaissances biologiques et la généralisation des techniques modernes ont rendues possibles des interventions auparavant inaccessibles : insémination artificielle, fécondation *in vitro*, mères porteuses, manipulations génétiques, clonage, greffes d'organes, culture de tissus humains, intégration de prothèses, reconstructions diverses, transfusion de sang ... de telle sorte que l'agencement naturel du corps humain a pris l'allure d'une collection d'organes aux fonctions potentiellement substituables, et de produits exploitables. À la fois une mine scientifique (A), et une valeur économique (B).

A. Une mine scientifique

Longtemps, la personne humaine en son corps, cette « matière » vivante, ou même morte, a été sacrée, inviolable, intouchable, inappropriable, on ne pouvait ni la manipuler, ni par conséquent la refabriquer, l'exploiter ou la breveter. Tout cela jusqu'à ce que le tabou déjà un peu lézardé se fissure pour de bon en 1992, quand des scientifiques américains déposèrent des demandes de brevets pour 2375 gènes humains, l'Office américain rejeta ces demandes, mais le débat fut lancé¹⁰⁰³, entre une logique scientifique de découverte et de connaissance, une logique industrielle de laboratoires pharmaceutiques et biotechnologiques et une logique humaniste

¹⁰⁰² Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), Le Livre de Poche, Classiques de la philosophie, 1993, section II, p. 150.

¹⁰⁰³ Le stockage de sang et de sperme avait débuté dès les années 50, mais il n'était alors pas encore question d'appropriation.

inquiète de probables dérives, bien loin de l'illicéité un peu naïve de l'affaire de la jeune actrice à la fesse tatouée d'une rose, dont la peau avait été promise à la vente par contrat¹⁰⁰⁴. La Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997¹⁰⁰⁵, dite Convention d'Oviedo, la Déclaration Universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997¹⁰⁰⁶, la Déclaration Internationale sur les données génétiques humaines en 2003¹⁰⁰⁷, et les Lois de bioéthique du 1^{er} juillet 1994¹⁰⁰⁸, du 29 juillet 1994¹⁰⁰⁹ (deux lois dont la simple

¹⁰⁰⁴ TGI de Paris, 3 juin 1969 : nullité d'une convention attentatoire à l'intégrité corporelle pour illicéité, immoralité, et contrariété à l'ordre public. Est nulle comme illicite, immorale et contraire à l'ordre public la convention passée entre le producteur d'un film et une mineure tendant à obtenir qu'elle pose nue dans un film et se soumette à un tatouage sur une fesse, tatouage destiné à être prélevé et vendu à des tiers ; Dalloz 1970. 136, note J. P. ; *Gaz. Pal.* 1969. 2. 57, note A. T. ; *RTD civ.* 1970, 347, obs. Y. Loussouarn.

¹⁰⁰⁵ Cette convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo, a donné lieu au décret n°2012-855 du 5 juillet 2012, portant sa publication. Elle pose les principes fondamentaux relatifs à la pratique de la médecine, à la recherche biomédicale, à la génétique, à la transplantation d'organes et de tissus, au consentement éclairé, au droit au respect de la vie privée et au droit à l'information.

¹⁰⁰⁶ Une déclaration qui a pour objectif de fixer le cadre éthique des activités relatives au génome humain, en énonçant des principes de caractère durable, et qui s'érige en rempart contre la commercialisation du corps humain, cf. Éric Favereau, « Une Déclaration universelle sur le génome humain. L'Unesco cherche surtout à écarter toute dérive commerciale », *Libération*, 5 novembre 1997.

¹⁰⁰⁷ À propos de la Déclaration Internationale sur les données génétiques humaines en 2003, l'UNESCO indique que « La recherche génétique, en particulier le séquençage du génome humain, a ouvert la voie à la recherche médicale de grande envergure et aux applications biomédicales. Les données génétiques peuvent être utilisées à des fins de diagnostic médical, de prévention des maladies et pour les études de génétique de population. Comme le patrimoine génétique de chacun est unique, la médecine préventive et le système judiciaire utilisent également les données génétiques à des fins d'identification. Le nombre de banques de données génétiques augmente de jour en jour, certaines contenant plus d'un million de fichiers. Certaines sont détenues au niveau national et contiennent des échantillons provenant de la quasi totalité des populations nationales ».

¹⁰⁰⁸ Loi n°94-548, 1^{er} juillet 1994, relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, JO, 2 juillet, p. 9559.

¹⁰⁰⁹ Loi n°94-653, 27 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JO, 30 juillet, p. 11056, et loi n°94-654, 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO 30 juillet, p. 11060. La première loi, insérée dans le Code civil aux articles 16 et suivants, affirme des principes cardinaux de protection de l'être humain contre les possibles dérives de la biomédecine : le danger d'une appréhension du corps comme gisement est clairement envisagé. Elle insère deux nouveaux chapitres au sein du livre 1^{er}, consacré au respect du corps humain et à la génétique, et un nouveau titre consacré à la procréation médicalement assistée. Elle crée du droit pénal pour renforcer la protection de l'humain à l'égard de la génétique et affirme la non brevetabilité de toute substance afférente au corps. La seconde loi, codifiée au Code de la santé publique, vise à l'inverse à lever les obstacles pour permettre la circulation des éléments et produits du corps humain et en favoriser les utilisations thérapeutiques. Elle réagence notamment nombre de dispositions relatives au sang, aux organes, aux tissus, aux cellules et produits du corps humain, elle crée elle aussi de nouvelles infractions pénales et sanctions administratives, elle

appellation et dont la poursuite simultanée d'objectifs contradictoires, entre respect du corps humain et don et utilisation de ses éléments et de ses produits, entre contrainte et libéralisation, dénote d'approches ambivalentes, voire de positions conflictuelles), du 6 août 2004¹⁰¹⁰, et leur révision du 7 juillet 2011¹⁰¹¹, furent principalement érigées en garde-fous, alors que peu à peu, la « biologisation » du corps apparentait celui-ci, en entier ou *in parte qua*, à un vivier d'éléments et de produits, dont le « commerce » banalisé est devenu source de controverses juridiques incendiaires. Il faut noter concernant les lois du 29 juillet 1994, que la répartition des principes qu'elles énoncent, entre deux différents codes - soit l'intégration des principes applicables au respect au « Code ancêtre », et les règles techniques largement dérogoires concernant « le don et l'utilisation des éléments et produits du corps humain » au Code de la santé publique - ressemble à un tour de passe-passe juridique, marque d'un « conflit » tangible entre des exigences contraires, que la psychanalyse estimerait constitutif d'« instances », ou de « systèmes » internes opposés, manifestes ou latents, quand nécessité morale ou défense, et désirs s'affrontent¹⁰¹².

élève au rang législatif la détermination de la mission du Comité consultatif national d'éthique, et enfin elle prévoit de faire l'objet d'une évaluation et d'un nouvel examen, soulignant ainsi son caractère quasiment expérimental, trait emblématique de la législation bioéthique.

¹⁰¹⁰ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO, 7 août, p. 14040. Elle constitue la première révision des lois de bioéthique n° 94-654 et n° 94-653. Le contexte de cette période a beaucoup évolué par rapport à 1994, il est marqué par la réussite du clonage du mammifère Dolly, la découverte de la plasticité des cellules souches embryonnaires et adultes, et également la mise au point d'une nouvelle technique médicale d'assistance à la procréation, l'ICSI (Intracytoplasmic Sperm Injection), c'est une ère de questions nouvelles, par exemple celles liées à l'exhumation du cadavre d'un acteur célèbre aux fins d'analyse de ses caractéristiques génétiques dans le cadre d'une recherche en paternité naturelle. Son contenu est vaste mais elle n'intègre pas de règles relatives à la recherche biomédicale.

¹⁰¹¹ Loi n°2011-814, 7 juillet 2011, JO 8 juillet, p. 11826. Cette seconde révision prévue par la loi du 6 août 2004 est largement préparée et conduit à des avancées mesurées. Elle inaugure l'organisation des États généraux de la bioéthique ; les auditions de 108 chercheurs, de professionnels de la santé, de juristes, de philosophes, de représentants d'associations de malades ou d'autorités spirituelles ou religieuses ainsi que des avis exprimés par les citoyens et synthétisés en un rapport final nourrissent la réflexion du législateur, le conduisant parfois à s'affranchir de la parole d'experts. Des dispositions rendent obligatoire de réunir des états généraux avant tout projet de réforme concernant les problèmes éthiques et les questions de société issue des progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé. Elle permet la ratification de la convention d'Oviedo relative aux droits de l'homme et à la biomédecine, entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 2012, et les travaux accomplis permettent d'envisager l'extension importantes mais prudentes de la bioéthique aux recherches biomédicales, aux neurosciences et à l'imagerie médicale, v. Jean-René BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, Lextenso, 2017, pp. 45-46.

¹⁰¹² Si la libre disposition corporelle reste juridiquement mesurée, les oscillations du droit sont notoires. Le législateur, quand il évoque l'impératif de l'intérêt général, s'enferme dans un système contradictoire. Il brandit l'inviolabilité du corps, drape la matière humaine d'un voile de dignité, et rend toute idée de patrimonialisation odieuse et illégale, en même temps il annihile la liberté des personnes

Les progrès exponentiels de la science ont puissamment transformé nos représentations du corps humain et les potentialités qu'il recèle. Il est exploitable, il n'est plus du tout « insécable ». C'est une mine, et la bioéthique a besoin de la matière humaine pour progresser. Comme l'écrit Jean-Pierre Baud, « on découvre soudainement que l'on peut conserver vivant quelque chose d'humain hors du corps de l'homme et que l'on peut soit le remettre dans le corps de cet homme, soit l'injecter dans celui d'un autre homme »¹⁰¹³. Le corps est graduellement produit par le discours de la science, qui l'a transformé en gisement de valeur, presque en produit marketing¹⁰¹⁴. La médecine étudie plus l'organisme dans ses détails que le corps comme un tout ; elle le décompose en organes, produits, substances, tissus, cellules, chromosomes, gènes, ou le recompose selon les visées qu'elle ambitionne.

Le corps se dissout dans une sorte de masse biologique utilitaire et instrumentalisée, sachant que les recherches sur le génome humain ne cessent de réactiver le débat sur la brevetabilité du vivant, et sur la portée des textes notamment issus de l'Union Européenne. Par la force des choses, et surtout de l'exploration scientifique, énormément d'éléments corporels sont aujourd'hui effectivement dans le commerce juridique. Une fois qu'ils sont détachés du corps, ils ne sont plus que des choses d'origine humaine, en dépit de grandes précautions oratoires, de telle sorte que les figures « corps-chose », et « corps-personne » se côtoient au réel, d'une façon devenue très ordinaire, dans le même système juridique. Comme la grande majorité des prélèvements à fin scientifique est effectuée après le décès¹⁰¹⁵, cette concomitance devient, lors

humaines quant à la circulation des éléments de leur corps, tout en prévoyant quand même, en raison de bénéfices substantiels à la vie, un régime dérogatoire à fin scientifique ou thérapeutique.

¹⁰¹³ Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil, « Des Travaux », 1993, p. 18.

¹⁰¹⁴ Bernard EDELMAN, *Ni chose, ni personne : le corps humain en question*, Hermann, Philosophie, 2009, 145 p.

¹⁰¹⁵ Le corps mort devient une chose mobilisable dans l'intérêt d'autrui, il s'en infère alors une disposition proche du droit de propriété, et les impératifs de santé publique transfèrent une partie de ce pouvoir à l'État : depuis la loi du 22 décembre 1976 sur le don d'organes, dite loi Caillavet, fondée sur la solidarité humaine, et qui institue une présomption de consentement au prélèvement d'organes, les personnes deviennent seulement titulaires d'un droit d'opposition au prélèvement d'organe acquis par principe. Le CSP indique dans son art. L1232-1 al. 3, modifié par la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016, que « Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révoquant à tout moment ». La technique juridique utilisée s'apparente à celle des *res derelictae*, une technique support de toute activité de récupération, quand une chose abandonnée par son propriétaire de vient la propriété de celui qui la prend. Ce mécanisme des *res*

de la mort, une coexistence très singulière : le cadavre est la dépouille mortelle du défunt protégée par une tradition de respect de la mémoire des morts, et simultanément, il est un étonnant réservoir de cellules de toutes sortes, parfois porteuses de hautes potentialités thérapeutiques, de fluides salvateurs, d'organes détachables, et un incroyable lieu d'expérimentation¹⁰¹⁶.

Dans le discours scientifique actuel, le corps est pensé comme une matière. Ontologiquement distingué du sujet, le corps devient un objet à disposition, une matière première où se dilue l'identité personnelle, il n'est pas la racine, le creuset identitaire de la personne humaine, contrairement à ce que qu'établit la thèse psychanalytique. Il est plutôt le soubassement et l'enveloppe d'une présence architectonique de matériaux et de fonctions. Ce qui fonde son existence, ce n'est plus l'irréductibilité du sens et de la valeur, le fait qu'il soit corps, mais la permutation des éléments et des fonctions qui en assurent l'ordonnance. Le corps se décline en pièces détachées, il s'émiette. Il est une structure dont les pièces ressemblent à celles d'un mécano, structure apparentée à une utopie technicienne de rectification de l'être au monde, remanié pour des raisons thérapeutiques ou pour des raisons de convenance personnelle. Comme si le corps était un brouillon à corriger. Comme si l'espèce humaine se détachait de sa corporéité qui lui rappelle l'humilité de sa condition. La reconstruction du corps humain instruit en quelque sorte le procès du corps à travers le constat de sa précarité, de sa vulnérabilité, de son manque d'endurance, de son imperfection dans la saisie sensorielle du monde, de la maladie, de la douleur, du vieillissement inéluctable de ses organes.

Le juriste, le biologiste, l'ingénieur appréhendent et travaillent le corps de plus en plus comme un lieu de maîtrise. La chair de l'être humain incarne ce que de nombreux domaines scientifiques entendent remodeler, transformer en appareillages contrôlables pour délivrer l'humain de l'encombrant fardeau de la fragilité et de la mort¹⁰¹⁷. On n'est pas loin de la

derelectae fonctionne également pour le prélèvement d'organes qui peuvent être récupérés sur le corps d'une personne vivante lors d'une intervention chirurgicale : en application de l'article L1235 CSP.

¹⁰¹⁶ La loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988, dite loi Huriet, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, JO, 22 décembre 1988, p. 16032, organise les recherches impliquant la personne humaine, elle est codifiée à travers l'article L1121-2 du Code de la santé publique, entre autres dispositions de ce code au titre II du Livre 1^{er} (art. L1121-1 à L1126-12).

¹⁰¹⁷ À ce sujet, le film de science fiction « The Island », réalisé par Michael BAY, est une caricature. Il relate l'histoire de deux personnes, Lincoln Six-Echo et Jordan Two-Delta, vivant dans une immense colonie souterraine régie par l'idée qu'ils partiront vivre un jour sur "l'île", seul endroit habitable sur la

tentation démiurgique de le corriger en une machine parfaite, un fantasme informulable sous-tendu par un mobile : la peur de mourir¹⁰¹⁸. C'est gommer « l'insoutenable légèreté de l'être » de Kundera¹⁰¹⁹. Le corps, lieu de la mort dans l'homme, est ce qui échappe à Descartes comme un lapsus quand, dans ses méditations, l'image d'un cadavre s'impose à celle de sa condition corporelle : « Je me considérerai premièrement comme ayant un visage, des mains, des bras, et toute cette machine composée d'os et de chair, *telle paraît en un cadavre*, laquelle je désignerai du nom de corps »¹⁰²⁰.

Le conflit entre droit et médecine surgit de l'instrumentalisation des corps à des fins scientifiques, qui non seulement mène à une complète désubjectivation des personnes, mais génère une économie du vivant développée par la biomédecine. L'expérimentation, et surtout la production de vie humaine à des fins scientifiques ou thérapeutiques font du corps humain un filon. Le démantèlement de l'organisme, et par là-même de la personne, pose toujours la question du droit subjectif à disposer de son corps, mais aussi celle de la licéité et du sens quant à la valeur psychique et juridique du consentement à cette disposition, et celle de la réelle gratuité des opérations. Ainsi que l'indique Marie-Noëlle Redor-Fichot, « la plupart des contradictions (...) montrent que nous sommes vraisemblablement dans une phase de transition entre l'ordre patriarcal qui a prévalu jusque dans les années 1970, et l'ordre de marché qui

Terre, soi-disant ravagée par une catastrophe écologique. Tout ceci est mensonge. Les héros découvrent qu'ils sont en réalité tous des clones commandés par de riches investisseurs qui souhaitent disposer d'un double d'eux-mêmes pour pouvoir y puiser en temps utile toutes les matières humaines dont leur propre corps, malade, accidenté ou vieillissant pourrait avoir besoin un jour. Les clones s'échappent, et la vérité de cette industrie sinistre éclate au grand jour. V. aussi Kazuo Ishiguro qui dans son roman *Auprès de moi toujours*, retrace l'histoire des pensionnaires de l'inquiétante école Hailsham, destinés à un triste avenir ; leur enseignante, Miss Lucy le leur apprend en ces termes : « vous allez devenir des adultes, et avant de devenir vieux, avant même d'atteindre un âge moyen, vous allez commencer à donner vos organes vitaux. C'est pour cela que chacun de vous a été créé », in Kazuo ISHIGURO, *Auprès de moi toujours*, Folio, Gallimard, Folio, 2015, p. 131.

¹⁰¹⁸ Anne-Blandine CAIRE indique que « Les avancées de la médecine ont permis à l'Homme d'acquérir des pouvoirs démiurgiques dont chacun observe les effets aux deux extrémités de la vie et même au cours de celle-ci. Désormais, les modes de procréation sont artificiels, le terme de la vie humaine ne cesse de s'éloigner et le corps se présente comme un outil malléable : le sang de l'un permet de sauver l'autre ; l'organe de celui-ci est greffé sur celui-là », in Anne-Blandine CAIRE, « Le corps gratuit. Réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation d'éléments et de produits du corps humain », in *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 865.

¹⁰¹⁹ Milan KUNDERA, *L'insoutenable légèreté de l'être*, Gallimard, Folio, Translation, 1990, 476 p.

¹⁰²⁰ René DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, GF-Flammarion, Philosophie, 1992, p. 39.

impose une mise en concurrence généralisée des individus jusque dans leur corps »¹⁰²¹, l'harmonie entre la personne et son corps s'érode au contact des biotechnologies.

La biologie moderne investit de multiples manières le champ de la pensée, de la vie sociale, de la vie intime, de la vie en général. Les chercheurs s'emploient à comprendre le vivant, et leur travail afférent au corps humain engendre moult interrogations et controverses scientifiques, éthiques, humaines, psychologiques, morales, philosophiques et juridiques. L'effraction dans les corps interpelle autant le droit que la psychanalyse, les questions se mêlent et se multiplient. Quand certaines pratiques mènent à une quasi pulvérisation des corps et des appartenances généalogiques, elles portent à réfléchir à leurs ressorts conscients et inconscients. Un scientisme certain conforte une représentation dévalorisée du corps humain réduit à du matériel de laboratoire, c'est le cas des embryons surnuméraires fruits d'une vision techniciste de la procréation, et finalement déchets. La somme des impasses auxquelles conduisent les solutions que l'éthique est sommée d'offrir *a posteriori* révèle l'aliénation du droit contraint d'encadrer tout ce qui s'accomplit.

Le droit en charge d'investir et de réglementer la maîtrise du vivant, au regard de ces pratiques, mesure ce qu'il est possible de faire au regard de sa propre logique. Il se fonde sur des normes, reflets de valeurs, d'intérêts, de représentations culturelles, d'une conception de l'existence. Les possibles effets des transformations de la nature de l'homme par l'homme via les biotechnologies sont difficilement évaluables, notamment sur le plan psychique. Pour concevoir les bases d'une normativité indispensable, le droit est aussi confronté au danger des lois de circonstances qui risquent d'éluder des enjeux de fond, quand il y a achoppement, dans un contexte démocratique, entre pouvoirs politiques, scientifiques et droits fondamentaux des personnes humaines. Non seulement le débat contradictoire est nécessaire, mais il requiert d'aller bien au-delà du pragmatisme empirique et même des questions éthiques débattues au sein de divers comités, car ces questions, même si elles sont bénéfiques, restent limitées du fait de la nature même de leur cadre d'étude, plus impacté par une certaine morale ou diverses formes d'intérêts plus ou moins humanistes, que par la résonnance de notions psychanalytiques.

¹⁰²¹ Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, Nemesis, 2009, p. 352.

Est-il par exemple licite, est-il éthique, de concevoir des enfants pour qu'ils jouent le rôle de donneur de tissus ou d'organes compatibles avec les besoins des receveurs ? La production d'être humain à visée thérapeutique, au titre de médicament, est-elle concevable ? Comment une personne née dans une optique utilitariste pourra-t-elle se construire psychiquement ? La tentation d'adopter certaines dispositions d'exception au nom de la science se heurte à la nécessité de respecter des tabous, de signifier la Loi pour l'ensemble du corps social afin de ne pas en arriver à la « conception bouchère » de la vie humaine qu'exprime Pierre Legendre¹⁰²², ou à une dangereuse gestion biocratique de l'humain, en lieu et place d'un pan de droit naturel non encore investi par le positivisme juridique¹⁰²³. Les arbitrages des comités d'éthique sont utiles et réconfortants, mais peuvent-ils pour autant localiser les seuils de transgression, conceptualiser efficacement les abus, dénicher « le mal dans le bien », résoudre des questions qui touchent à l'inconscient humain, quand le cadre de réflexion est surtout posé par le droit, la raison et l'utilité biomédicale ?

Dès lors que la nature juridique du corps est ambiguë, tout ce qui y a trait prête à débattre, ce qui ne permet pas de fixer des principes cohérents, des seuils clairs à ne pas transgresser¹⁰²⁴. Le droit s'impose aux droits qui ne peuvent se confondre avec tous les intérêts ou désirs humains. La question peut même se poser de savoir si le démantèlement des corps auquel s'attèle la médecine ne renverrait pas métaphoriquement au démantèlement du corps social analysé par Raphael Draï¹⁰²⁵.

¹⁰²² V. Pascal DAVID, « La question de la paternité à la lumière des écrits de Pierre Legendre : aspects mythologiques, juridiques et symboliques », *Recherches familiales*, vol. 7, no. 1, 2010, pp. 77-83.

¹⁰²³ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 92.

¹⁰²⁴ Même entre généticiens, le conflit va bon train entre ceux qui prétendent améliorer l'espèce selon des critères de performance, et ceux qui s'inquiètent que l'humanité future se sente l'effarant besoin de créer une race d'esclaves au nom d'une science bienfaitrice. Catherine Labrusse-Riou explique que « lorsque le Mouvement universel pour la responsabilité scientifique prétend ajouter à la déclaration universelle des droits de l'homme un article affirmant que le patrimoine génétique humain ne peut, en l'état actuel de la science, être modifié de façon héréditaire, il fait dépendre de la science la disposition de l'espèce humaine qu'il confie en réalité à la gestion des savants (...) », in Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *op. cit.*, p. 91.

¹⁰²⁵ Raphaël DRAÏ, « Constitution juridique et violence sociale. Le lévite d'Ephraïm de Jean-Jacques Rousseau », in *Les usages sociaux du droit*, centre universitaire de Recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1989, pp. 169-186.

Les débats éthiques suscités par la révolution biologique instillent à bon escient le principe du doute, mais ils ne sont que le premier pas pour identifier « le vers dans le fruit » que peuvent incarner la science et les remèdes inventés par la médecine. La controverse est sur tous les fronts, elle affecte le droit qui n'a de cesse de reconsidérer en profondeur ses propres positions, même si Merryl Hervieu écrit, non sans raison, que « l'heure de la libéralisation du corps humain, de plus en plus souvent annoncée, n'a (...) pas encore sonné »¹⁰²⁶.

Devant les tribunaux, bon poste d'observation des enjeux du statut du corps et de la bioéthique, le système du droit qui oblige à la qualification, à la classification en catégories juridiques, se fait le miroir de quantité de conflits quant à la maîtrise du vivant humain, le juge ne pouvant pas se permettre de déni de justice au prétexte de l'obscurité de la loi. Les enjeux de fond du statut de l'humain déchirent, et les controverses affectent le droit lui-même, elles le confrontent à ses limites, tout comme les institutions qui le forgent¹⁰²⁷. Les juges sont contraints de s'interroger sur des affaires concernant les droits de la personne humaine sur son corps et ses produits¹⁰²⁸. Ils interprètent avec toute leur subjectivité la grammaire du droit et ses inférences logiques, ils disent eux-mêmes quelque chose de la norme¹⁰²⁹, ils cherchent la signification de la somme des usages des textes à leur disposition, et leur capacité de jugement est éprouvée de bien des manières quant au corps, car les procès sont à l'image de la gravité des problèmes posés. La plupart des litiges affectant le corps humain sont liés au traitement de ses éléments et de ses produits, à la procréation, à l'altération des filiations, au maniement des embryons¹⁰³⁰, à

¹⁰²⁶ Merryl HERVIEU, « Le corps humain à l'heure de la libéralisation ? », *LPA*, n° 170, 26/08/2011, p. 3.

¹⁰²⁷ V. Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *op. cit.*, p. 93.

¹⁰²⁸ L'affaire Blood illustre bien la situation d'un produit du corps autorisé à en être séparé, approprié, et mis en circulation. Madame Blood, ressortissante britannique, alors que son mari était plongé dans le coma, a obtenu un prélèvement du sperme de celui-ci par électro-éjaculation en vue d'une insémination artificielle. Cette opération étant irréalisable en Angleterre, à cause de la manière dont les gamètes avaient été obtenues, le sperme cryoconservé fut acheminé vers un centre médical belge, et les paillettes purent circuler grâce au principe de la libre circulation des marchandises dans les pays de l'Union européenne, in Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood », *JCP*, 2000, I, n° 206, pp. 289-293.

¹⁰²⁹ Sur l'interprétation des textes juridiques comme acte de volonté subjectif, v. notamment les travaux de Michel TROPER, *La Théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, pp. 69-84.

¹⁰³⁰ L'embryon, a priori peu sympathique, nage dans un continuum utérin, où il passe de l'état d'œuf, à morula, blastocyste, puis préembryon, embryon, et enfin fœtus. Au départ insensible, dépourvu de système nerveux, et même de cerveau, il concentre les fantasmes quand on ignore encore ce qu'il deviendra, peut-être rien du tout. Il a pu être qualifié de « produit embryonnaire humain » par le docteur Palacios dans son rapport pour la commission des sciences et des techniques du Conseil de l'Europe ;

la manipulation génétique, aux stupéfiants pouvoirs de la biologie sur le corps et plus globalement l'espèce humaine. Le droit du vivant naît, et se crée. Ni la recherche par définition aventureuse, ni l'État ne maîtrisent les technologies susceptibles d'affleurer le marché. Certains usages sont toujours débordés par d'autres difficilement contrôlables, et toutes ces affaires se caractérisent par l'extrême sensibilité des questions abordées.

Le choix pour le droit est apparemment simple : suivre les faits ou s'imposer aux faits ; il peut entériner les avancées de la science en l'état et leur attribuer un habillage juridique sur mesure, ou limiter la légalité de l'action scientifique. Il ne s'agit rien moins que d'un vaste projet de société, autant que d'une question scientifique, économique, éthique, philosophique et psychologique. La science s'attache à ses avancées, méfiante du droit qui pourrait la freiner, puisque la question se pose toujours de la licéité de l'utilisation du corps humain comme matériau à produire, à exploiter, à distribuer et à vendre.

B. Une valeur économique

En principe sacré et inviolable, le corps est devenu une source de revenus, il a acquis une valeur économique, biologique, sexuelle, sportive, artistique au point de générer un revenu *per se*. Les

sa valeur humaine ne semble s'accroître qu'avec son développement. Étonnement, l'ontologie embryonnaire traduit la théorie scientifique de sa croissance. Or, par nature, l'être est antinomique de toute notion de progressivité. Par ailleurs, c'est la situation de l'embryon (*in vivo* ou *in vitro*) plus que la temporalité qui le met en danger. Quant à la loi de 1975 sur l'avortement, dite loi Weil, elle est précisément la première à affirmer le caractère humain de l'embryon dès la conception, puisqu'en son article 1, elle dispose que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi », in Marie-Angèle LHERMITTE, « L'embryon aléatoire », in Jacques TESTARD (dir.), *Le magasin des enfants*, Folio Actuel, Gallimard, 1990, pp. 327-367.

personnes prostituées¹⁰³¹, mais aussi les grands sportifs¹⁰³², les mannequins¹⁰³³, les artistes et autres professionnels qui font intervenir directement leur corps dans leur mode de vie professionnel, font diversement commerce de leurs spécialités respectives. Certains, au nom du fantasme de corps idéalisés, et aussi parce que leurs corps doivent « rapporter », développent des pathologies narcissiques qui les amènent à une véritable transfiguration physique, pour paraître performant, en pleine santé, jeune, beau, mince, musclé ... L'individu, mais aussi la recherche et l'industrie disposent du corps d'une façon impensable auparavant. La jouissance du corps en tant que « patrimoine » est un fait, lié à une évolution paradigmatique inéluctable, aux incidences incertaines, non sans heurts au regard de nos traditionnelles conceptions morales et légales. L'activité médicale liée à la matière humaine peut confiner à l'industriel - l'affaire

¹⁰³¹ Si l'on met de côté la question morale de cette pratique aussi vieille que le monde (Marella NAPPI, *Professionnelles de l'amour. Antiques et impudiques*, Les Belles lettres, 2009, 358 p.), la prostitution soulève deux questions : celle de savoir si le rapport sexuel rémunéré est un travail qui consiste en une mise à disposition de son corps pour autrui, et s'il est juste de payer pour cela. Dans le commerce du sexe on achète et on vend un service corporel personnel, on acquiert l'accès sexuel au corps d'une autre personne pendant un temps défini. Ce que le client veut retirer à travers ce corps, c'est du plaisir et une certaine satisfaction psychique. L'indignité de la prostitution est souvent mise en avant, il reste que le fait de s'engager dans un rapport sexuel peut n'être issu d'aucune raison ou motivation particulière, mais peut aussi avoir lieu pour toutes sortes de motivations particulières, comme l'explique Ruwen Ogien : « pour obtenir quelque chose en contrepartie : de l'amour, du plaisir, de l'admiration, des enfants, des amants, une aide pour déménager ou repeindre son appartement, de l'argent, etc.(...) Est-il légitime de les hiérarchiser, de juger que certaines sont plus morales ou moins immorales que les autres », in Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, La Musardine, L'attrape-corps, 2010, p. 39. L'auteur explique par ailleurs que du point de vue du client, alors qu'il est aujourd'hui largement possible d'accéder à du sexe gratuit sous toutes ses formes, chercher à en obtenir contre paiement peut s'expliquer par le fait de préférer des relations anonymes, « libérées par le paiement de tout engagement affectif et social », *ibid.*, p. 40.

¹⁰³² Quand des clubs de sport de haut niveau acquièrent littéralement des sportifs, des joueurs, on parle pudiquement de « transferts », autant d'opérations organisées dans l'objectif premier d'une rentabilité maximale des corps et de leurs prouesses. Les candidats n'hésitent pas, entre régimes spécifiques, cures de jouvence, prises d'hormones ou de différents types « d'engrais » musculaires à reconstruire leur corps, astreinte à des entraînements surintensifs et douloureux jusqu'à la barbarie, dans une recherche névrotique et continue de performance, de compétitivité, de progrès, de perfection, de rendement de la machine/corps humain, et un déni de l'obsolescence humaine. Patrick Vassort explique que « l'action de dopage repose principalement sur le *refoulement* quasi généralisé de l'événement, sur le désert épidémiologique, sur le manque d'études concernant la mortalité et la morbidité des sportifs, sur l'*oubli* de ce que peut représenter l'institution sportive ». Il ajoute que ce culte de l'exploit « pouvant aller jusqu'au risque comme schème d'intelligibilité, pour reprendre Pierre de Coubertin, jusqu'à la mort, puisque le sport peut être mortifère, là où *Thanatos* domine *Eros* », in Patrick VASSORT, « Corps sportifs et performances. De l'idéologie à la pathologie », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 240 et 243.

¹⁰³³ Lèvres « botoxées », nez refaits, pommettes ravalées, mentons sculptés, seins siliconés, fesses sculptées, ventres et cuisses liposucées ... une frénésie du scalpel complétée par des régimes minceurs à outrance, tout cela avec le fantasme d'une apparence parfaite et d'une santé si rayonnante qu'elle approcherait presque l'immortalité, et aussi celui de se croire libre et unique, tout en reproduisant un modèle esthétique dominant.

Moore¹⁰³⁴ aux États-Unis en est un exemple particulièrement édifiant, quand il reste d'un corps une lignée cellulaire qui se multiplie en laboratoire. Dans cette histoire, Monsieur Moore avait revendiqué la propriété de ses cellules à partir desquelles les médecins, à son insu, avaient déposé un brevet très rentable. La Cour lui refusa ce droit, et Monsieur Moore se retrouva sans le sou, mais avec sa dignité.

La transformation de la matière humaine en matériau de laboratoire livré à la recherche scientifique, a amené les lois de bioéthique à organiser la mise des éléments et des produits du corps sur le marché. Ils peuvent être préparés, conservés, distribués, cédés exploités, brevetés, acquis à titre onéreux à des fins thérapeutiques ou esthétiques ou même artistiques. On parle de « banque » ou de « collection », des termes qui impliquent le stockage de ces matières en vue d'une mise à disposition pour autrui, organisée par le chapitre III du Code de la santé publique, lequel vise la « préparation, conservation et utilisation des tissus, des cellules et de leurs dérivés ». Claire Neirinck souligne que « si la matière humaine a été juridiquement déclarée non appropriable, les instruments juridiques forgés pour garantir cette qualité se sont émoussés sur la volonté scientifique de l'exploiter »¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ Aux États-Unis, dans les années 1990, John Moore, atteint de leucémie à tricholeucocytes (cancer de la rate), et aujourd'hui décédé, était un véritable réservoir de cellules uniques au monde, dont les médecins estimaient pouvoir tirer un fructueux marché (trois milliards de dollars) au travers de produits pharmaceutiques. C'était un peu l'homme aux cellules d'or. Ponctionné pendant sept ans sans avoir été averti de l'usage que les médecins faisaient des produits de son corps (ils s'étaient partagé sa rate à la sortie de la salle d'opération), M. Moore l'apprit et entama un procès en revendication de ses cellules. Les juges se trouvèrent confrontés à une question embarrassante : quelle relation une personne entretient-elle avec ses cellules, John Moore pouvait-il se plaindre qu'on lui ait volé les siennes ? Il lui fallait démontrer d'abord que ses cellules étaient des choses, et faire la différence entre le droit de propriété sur le corps, ou sur la personne puisqu'en vendant ses cellules, il ne pouvait se vendre lui-même. Ainsi la vente d'un organe appréhendé comme un objet de valeur devenait-elle une preuve de la liberté de la personne, et les cellules de John Moore étaient considérées comme un bien. La Cour suprême de Californie, le 9 juillet 1990, réforma en appel la décision du même État, refusant à John Moore et à ses héritiers toute prétention de propriété sur ses cellules. M. Moore ne pouvait être propriétaire de son propre corps, mais ses cellules appropriées par les médecins qui leur avaient déposé des brevets pouvaient faire l'objet d'une exploitation industrielle. Dans cette affaire, le droit de propriété avait d'abord été rattaché à la personnalité, présenté comme un moyen de protection de son intégrité. Logique âprement critiquée par Marie-Angèle Hermitte selon laquelle les produits du corps humain objets seraient alors rangés « dans la même catégorie juridique que les meubles, avec l'argent, les titres au porteur et les reconnaissances de dettes ! », in Marie-Angèle LHERMITTE, « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété », *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, pp. 20-21.

¹⁰³⁵ V. Claire NEIRINCK, « Le corps humain », in Daniel TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation du débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n°5, pp. 117-127.

En dépit de certaines résistances, cet état de fait ramène à l'inévitable problématique de la propriété du corps humain, voire du « patrimoine corporel ». Si notre corps peut être considéré comme un bien personnel, il est susceptible d'entrer dans notre patrimoine personnel. La doctrine majoritaire s'attache à préciser que personne n'est propriétaire de son corps¹⁰³⁶ et le droit positif exclut par principe toute patrimonialisation du corps humain, *dominus membrorum suorum nemo videtur*¹⁰³⁷, comme si l'État était la seule personne habilitée à intervenir par la menace pour décider d'affaires qui ne relèvent pas du tout de nos choix personnels. L'expression même de libre disposition de son corps comme d'un patrimoine approprié, comme d'un réservoir de matières, est marquée du vocabulaire du droit des biens, ce qui accroît l'hypothèse d'une souveraineté, d'un empire présumé de la personne sur son propre corps. Un corps dont la réification croissante induit le prélude à sa patrimonialisation, et dont la propriété conduit à sa marchandisation¹⁰³⁸. Cette tendance tend à conférer au corps et à ses produits une valeur vénale qui peut faire songer à la traite esclavagiste, à la commercialisation d'organes et de produits corporels, ou à la location d'utérus. Ruwen Ogien remarque qu'« il y a, en effet, beaucoup d'argent qui circule dans ces activités médicales, pour payer le personnel soignant et administratif, la maintenance des locaux et des instruments techniques, etc. Personne ne semble penser que c'est une expression ignoble de la marchandisation du monde. Le seul qui n'aurait pas le droit moral d'être payé ou compensé pour sa participation au processus thérapeutique serait le donneur. Pourquoi ? Cette exclusion ne pose pas de problème si elle correspond à sa volonté. Mais si le donneur estime qu'il devrait être rétribué, pourquoi serait-il interdit de le satisfaire ? »¹⁰³⁹ Toute idée de GPA, immédiatement ramenée à celle de « vente des bébés » est vigoureusement dénoncée en France, mais quand des parents ont recours à une équipe médicale

¹⁰³⁶ La réflexion sur la nature juridique des droits d'une personne sur son corps s'est construite de façon réactive *contre* la figure de la personne propriétaire de son corps. Mais pour la défense de ce droit, dans un but de protection de celui-ci, v. Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil, Des Travaux, 1993, 243 p. Pour une revendication caricaturale de la patrimonialisation du corps humain, plaidant pour la suppression du concept de personne, v. notamment Bertrand LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État, ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, 1991, pp. 111-121. V. aussi Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD Civ.*, 1992, p. 489.

¹⁰³⁷ « Personne n'est considéré comme le maître de ses membres ».

¹⁰³⁸ Samuel ETOA, « Corps humain et liberté », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, p. 26.

¹⁰³⁹ Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, La Musardine, L'attrape-corps, 2010, 150 p.

pour une fécondation *in vitro* et paient 20 000 € pour cette opération, personne ne considère qu'ils ont acheté leur enfant. Pourquoi ceux qui s'adressent plutôt à une mère porteuse font-ils face à une profonde réprobation ? Devrait-on interdire aux seules femmes pauvres de porter un enfant pour autrui ? L'expression de « fabrication d'enfants » généralement utilisée très péjorativement dans le contexte des discussions liées à la GPA¹⁰⁴⁰, ressemble à une formule rhétorique destinée à provoquer l'indignation, puisque ce terme de « fabrication » s'applique en principe plutôt à des objets inanimés.

Des corps peuvent être congelés, expédiés d'un bout à l'autre de la planète, clonés, inséminés artificiellement, en partie délestés, faire l'objet de techniques et de services marchands sans ambiguïté. Le droit n'ignore rien des pratiques qui impliquent la réification et la marchandisation des corps, et les juristes érigent le rempart de la dignité, pour prémunir la société contre la folie du « je veux »¹⁰⁴¹. La doctrine majoritaire met en lumière les périls, le risque de perte, le malaise que fait peser la seule idée d'une patrimonialité du corps humain, et par voie de conséquence, le danger d'une marchandisation du corps. Il reste qu'évoquer la marchandisation est une manière de dénoncer un certain matérialisme, et que ce terme polémique un peu vague signifie surtout que des échanges monnayables liés au corps humain doivent être empêchés. Et Ruwen Ogien s'interroge : « Pourquoi serait-il « contraire à la dignité de vendre ses capacités à donner du plaisir sexuel ou à porter un enfant et non de vendre ses capacités athlétiques, sa patience, son habileté, ses connaissances ou son intelligence ? Il n'y a pas de réponse à ces questions qui fassent l'unanimité »¹⁰⁴².

¹⁰⁴⁰ Le Comité national d'Éthique a construit son propre avis, qu'il a présenté le 18 septembre 2018 dans son rapport dans lequel il maintient fermement l'interdiction de la gestation pour autrui. Daniel Borrillo écrit à ce propos que « le gouvernement a complètement fermé le débat sur la régulation de la GPA, attitude dépourvue de tout courage politique, puisqu'il existe aujourd'hui un consensus anti-GPA dans l'ensemble de la classe politique et ceci contrairement à une opinion publique majoritairement favorable. Ce sont 64% des personnes interrogées, selon un sondage IFOP pour le journal *La Croix* et le *Forum européen de bioéthique*, publié en janvier 2018, qui se déclarent en faveur d'une autorisation de la gestation pour autrui en France », in Daniel BORRILLO, « Le jacobinisme bioéthique, mettons fin à une exception française », *Génération libre*, novembre 2020, p. 12.

¹⁰⁴¹ Bernard EDELMAN, « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit », in Bernard EDELMAN, Marie-Angèle LHERMITTE, *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1993, p. 302.

¹⁰⁴² Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, op. cit., 150 p.

La figure de la personne humaine propriétaire de sa propre matérialité est jugée immorale¹⁰⁴³, mais cette immoralité paraît presque obsolète pour rendre compte des débats bioéthiques actuels complexes, et appréhender la réalité des faits. Dans son ouvrage *Le corps et l'argent*, Ruwen Ogien écrit qu'« il n'y a pas d'abîme moral entre la vente et le don. Selon cette tradition, le don est un bien, car il est altruiste, et l'échange contre de l'argent est un mal, car il est égoïste ; le don est un bien car il enrichit les relations humaines, et l'échange contre de l'argent un mal car elle les appauvrit. Mais cette vision binaire est contestable et de plus en plus contestée »¹⁰⁴⁴. La nécessité de trouver un équilibre entre des logiques contradictoires semble *de facto* s'orienter vers une appréhension juridique souple des réalités de la vie et des lois du marché, ce lieu abstrait où circulent des marchandises. Le marché oblige en effet à évaluer de façon pragmatique ce qu'autrui propose, y compris des organes¹⁰⁴⁵, il est le miroir de la société, un lieu collectif d'appréciation des désirs conscients et inconscients des personnes, et de leurs contradictions. Et les personnes humaines sont des êtres en perpétuelle transformation, auxquels aucune éthique rigide et absolue ne peut être imposée à long terme.

L'actuelle position du législateur est discutée¹⁰⁴⁶, elle se heurte aux arguments de ceux qui, au nom de la liberté individuelle, défendent de multiples pratiques qui impliquent profondément

¹⁰⁴³ Or la morale n'est ni un autel, ni un axiome, elle entre en force par le jeu démocratique, quand chaque groupe de pression, chaque faction politique cherche à accaparer le processus législatif, et se trouve dotée transitoirement du pouvoir d'écrire la loi pour imposer sa vision.

¹⁰⁴⁴ Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁴⁵ Cf. Ruwen OGIEN, « Qui a peur des marchés d'organes ? », *Critique*, n°751, 2009, pp. 1027-1040. La greffe est structurée par une logique de marché. Valérie Gateau explique que « la greffe est d'autant plus encouragée que sa pratique est efficace économiquement : il est moins cher de greffer un malade que de ne pas le greffer, et l'Union européenne a montré que la greffe de 10000 patients en insuffisance rénale correspond (par rapport au coût de la dialyse) à une économie annuelle de 200 millions d'euros. Entre le don gratuit du donneur et l'acceptation gratuite du receveur se trouve donc une structure publique d'appropriation et de distribution d'une ressource rare, qui est organisée par la logique du marché : le médiateur entre donneur et receveur (médecin, personnel administratifs etc.) est salarié et non bénévole ; la greffe a un coût élevé qui est financé par la collectivité (les hôpitaux se font rembourser les prélèvements) ; les organes sont rares et il faut en obtenir le plus possible pour lutter contre la « pénurie ». C'est ce qui fait dire aux partisans du commerce des organes que la gratuité est injuste et hypocrite et que le corps humain est *déjà* utilisé comme une chose par la médecine contemporaine, sans que les partisans de la gratuité jugent cela indigne. D'ailleurs, parle-t-on de *rareté* et de *pénurie* pour les personnes ou bien pour les choses ? Dans ce contexte, ils affirment que le « soupçon du profiteur » [Baud, 1993] pèse injustement sur les donneurs et vendeurs potentiels, et qu'il est temps d'admettre la possibilité d'un commerce des organes régulé par l'État », in Valérie GATEAU, « La gratuité dans le cadre du don d'organes », *Revue du MAUSS*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 463-476.

¹⁰⁴⁶ V. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Dalloz*, 2009, p. 238.

le corps ¹⁰⁴⁷ et estiment, qu'il s'agisse de prostitution, d'euthanasie, de procréation médicalement assistée, de gestation pour autrui ... que le corps devrait pouvoir, au nom de la liberté personnelle, être vendu, prêté, loué, volé¹⁰⁴⁸, jeté, aliéné, commercialisé en pièces détachées ou en totalité. Certains auteurs reprennent, probablement inconsciemment, la tradition de Jean Bodin qui notait que les coutumes, souvent, se contentent d'entériner les rapports de domination et les folies humaines¹⁰⁴⁹. Pourquoi se demande Bertrand Lemennicier, le concept de propriété du corps serait-il une anomalie¹⁰⁵⁰, pourquoi ne pourrait-il pas être le meilleur moyen d'affirmer la dignité de la personne humaine¹⁰⁵¹, puisqu'il donnerait un sens à l'affirmation courante « c'est mon corps » et lui permettrait de disposer librement de ce patrimoine minimal ? On sait qu'une augmentation de l'offre d'organes destinés à la transplantation sauverait davantage de vies humaines, mais l'achat et la vente des organes comme moyen légal d'atteindre cet objectif semble une abomination. En Allemagne le don de lait maternel et de sang est rémunéré, un donneur peut donc se prévaloir d'une créance, puisque ce qui lui a été prélevé est assimilable à un bien qui lui appartient. Mais tout ce qui concerne la réification ou la marchandisation des éléments et produits du corps en France ne procède que du droit national, et non de la jurisprudence de la CEDH¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁷ Élisabeth Badinter explique que pour mieux condamner la « marchandisation du corps », on fustige entre autres exemples la mère porteuse, comme si à l'instar de celui qui vend son rein, elle « vendait son corps, telle une esclave, alors qu'elle en dispose pour un laps de temps dans l'intérêt d'autrui. Or ce qui peut être vrai dans certains pays, ne l'est pas nécessairement ailleurs où la loi peut encadrer cette pratique », in Élisabeth BADINTER « Préface », in Sabine PROKHORIS, *Déraison des raisons. Le juge face aux nouvelles familles*, PUF, 2018, p. XV.

¹⁰⁴⁸ V. Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil, « Des Travaux », 1993, 243 p.

¹⁰⁴⁹ Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, Livre I, Chapitre V, « De la puissance seigneuriale, et s'il faut souffrir les esclaves en la République bien ordonnée », 1986, 1700 p.

¹⁰⁵⁰ Bertrand LEMENNICIER, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 27-44.

¹⁰⁵¹ Thierry REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTDCiv*, 2017, p. 587 et s.

¹⁰⁵² Dans l'affaire *Parillo c. / Italie*, alors que la requérante souhaitait à la suite du décès de son mari, donner des embryons créés *in vitro* avec celui-ci, à des fins de recherche thérapeutique, et la loi italienne l'interdisant, la Cour ce s'était pas estimée en mesure de se prononcer sur la recevabilité de ce grief, étant bien en mal de se prononcer sur le statut de personne à accorder à l'embryon, tout autant qu'à le qualifier de bien, le droit italien interdisant toute expérimentation et toute patrimonialisation des embryons.

Certes le corps ne fait pas l'objet d'un pur droit patrimonial, la personne humaine ne dispose pas d'elle-même dans le commerce - même si cette proposition se discute selon des points de vue très différents - mais le sujet de droit est malgré tout à même de consentir à des actes de détachement des éléments et produits de son corps, il peut en faire don, il peut consentir - avec une amplitude cependant réduite dans le cadre d'une institution prédéterminée - à des expérimentations (on sait que l'indemnisation des personnes qui se prêtent à des expérimentations biomédicales, est tout ce de qu'il y a de plus substantiel¹⁰⁵³), à une ablation, une extraction, une ponction par un chirurgien, pour que différents usages puissent en être faits.

Belle casuistique qui organise l'échange et la circulation de multiples choses d'origine humaine tout en échappant à une vision réificatrice et marchande mal venue, mal vécue, mal vue, refoulée. Ce n'est en fin de compte qu'une fiction juridique comme une autre, destinée à asseoir un régime de circulation des éléments du corps officiellement fondé sur une certaine gratuité, c'est-à-dire apparemment vierge de toute finalité mercantile, et empreinte de solidarité. Il faut cependant noter que cette gratuité ne concerne que la relation qui s'établit entre la personne source de matières biologiques, et le premier utilisateur, par exemple un hôpital, puisque ainsi que le prévoit le Code de la santé publique, ces matières une fois désunies du corps sont utilisées, à des fins thérapeutiques, voire industrielles. Elles entrent alors dans le « commerce juridique », et sont estimées, tarifées, cédées, exportées ou importées. La gratuité, fort complexe, empreinte d'hypocrisie et souvent confondue avec la moralité¹⁰⁵⁴, n'est effective qu'au premier échelon, elle empêche l'établissement d'un marché entre celui qui donne et celui qui reçoit, la marchandisation ne semble indécente que quand il s'agit de payer le donneur, tout le monde est

¹⁰⁵³ Merryll HERVIEU, « Le corps humain : à l'heure de la libéralisation ? », *LPA*, n° 170, 26/08/2011, p. 3 et s.

¹⁰⁵⁴ Valérie GATEAU écrit : « Les critiques de la gratuité nous rappellent qu'il importe d'accorder autant sinon plus d'attention aux positions qui ne sont pas les nôtres, parce que nous n'avons pas le monopole de la moralité : tout ce qui est gratuit n'est pas nécessairement « moral » ; tout ce qui est payant n'est pas nécessairement « immoral ». Les Indiens, les Philippins et les Iraniens ne sont pas plus ou moins moraux que nous : ils proposent à un même problème des solutions différentes qui peuvent et doivent éclairer les discussions. Si la solution de la gratuité était la seule défendable, la discussion n'aurait ni cette ampleur ni cette constance. Admettre cela, c'est refuser la tentation du manichéisme, et c'est faire le premier pas vers la compréhension d'une question qui, parce qu'elle se pose à tous et dans le contexte international, dépasse le cadre restreint d'un supposé « modèle éthique français », in Valérie GATEAU, « La gratuité dans le cadre du don d'organes », *Revue du MAUSS*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 463-476.

rémunéré, sauf celui qui fournit l'essentiel. Il peut bien revendre un vieux fauteuil, mais pas son sperme ou son ovule¹⁰⁵⁵.

Des chercheurs expliquent le penchant pour la gratuité par le fait que la satisfaction d'un donneur n'aurait pas de prix, et qu'une rémunération serait moins gratifiante¹⁰⁵⁶. Or, comme dans le dispositif légal, pour éviter tout « mercantilisme », le don d'organe n'est pas rétribué, et n'est autorisé *in vivo* qu'entre parents, ceux qui ont une petite famille sont désavantagés, et ceux qui donnent peuvent se sentir contraints à donner pour sauver un proche¹⁰⁵⁷. « La notion de gratuité ne détient pas de validité dans un système de droit libéral, écrit le professeur Koubi. Elle ne correspond pas à un principe juridique moteur de l'action des pouvoirs publics en ce domaine, ni à une règle de droit imposable à l'ensemble des personnes engagées dans la mise en œuvre de ce droit »¹⁰⁵⁸. Le don d'éléments et de produits issus de soi-même est l'expression d'une liberté de disposition, limitée par le principe de non patrimonialité qui interdit de fixer un prix. Or l'idée de la commercialisation du matériau humain qui serait objectivement plus bénéfique que son interdiction est-elle juridiquement si indécente ou obscène ? Un marché du vivant rationnel (c'est-à-dire sans qu'une partie de la population plus « faible » ne soit exploitée au profit d'une plus « forte »), de cellules et de tissus, ne permettrait-il pas de réguler une production et une répartition déterminées ? La question est posée par Bertrand Lemennicier¹⁰⁵⁹. D'aucuns s'effarent à l'éventuelle perspective de rémunérer les donneurs que l'on n'envisage que philanthropes. Mais au regard du droit européen, alors que l'argent et les organes circulent partout, la gratuité du don suppose un monopole contraire à la liberté d'établissement et de la

¹⁰⁵⁵ Ruwen Ogien explique que la partie du corps donnée a bien une valeur et que John Locke défendait déjà l'idée que nous sommes propriétaires de nos biens mais aussi de nous-mêmes, in John LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil* (1690), trad. Bernard Gilson, Vrin, 1967, section 173 (entre autres). Dans la version particulière évoquée par Ogien, nous avons les mêmes droits sur notre corps que sur une chose, une idée défendue par certains libertariens, comme Peter VALLENTYNE, « Libertarisme, propriété de soi et homicide consensuel », *Revue philosophique de Louvain*, n°101, 2003, pp. 5-25.

¹⁰⁵⁶ John ELSTER, *Le Désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, I, Le Seuil, Les livres du nouveau monde, 2009, 384 p.

¹⁰⁵⁷ Une situation de conflit psychologique et moral mis en scène par Arnaud dans son film *Un conte de Noël*.

¹⁰⁵⁸ Cité par Anne-Blandine CAIRE, in « Le corps gratuit. Réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation d'éléments et de produits du corps humain », *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 866.

¹⁰⁵⁹ Bertrand LEMENNICIER, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, op. cit., pp. 27-44.

concurrence. Ne friserait-on pas, sur la base d'une éthique nationale, l'atteinte à l'élaboration d'un ordre public européen ?

Alors, proclamer que le corps humain est inviolable, que ni lui, ni ses éléments, ni ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial, garde-t-il un sens dans un monde où de *l'humain* - issu du corps que l'on peut voir comme un ensemble composé d'énormément d'éléments remplaçables - peut servir de matériau à la confection de produits manufacturés, exploités et redistribués ? Un monde où de *l'humain* peut faire l'objet d'un « don », d'une « cession », profondément dissocié en parts de peau, de tissus, de muscles, de cellules, d'organes, de membres et de tripes, en guise d'outils ?

II. Le corps comme inventaire

« *Je ne suis point cet assemblage de membres que l'on appelle le corps humain* ».

*René Descartes*¹⁰⁶⁰

Et pourtant le corps semble bien être l'assemblage d'une foultitude d'éléments utiles diversement nommés. Dans *L'Évolution créatrice*, Henri Bergson soutient que pour caractériser l'espèce humaine, il eut été plus adéquat de parler d'*homo faber* plutôt que d'*homo sapiens* : « En définitive, l'intelligence, envisagée dans ce qui en paraît être la démarche originelle, est la faculté de fabriquer les objets artificiels, en particulier des outils à faire des outils, et d'en varier indéfiniment la fabrication »¹⁰⁶¹. Cette faculté d'inventer des objets utilisés pour réaliser des opérations déterminées s'est étendue au corps humain utilisé comme un assemblage, qui permet de réparer les corps par éléments distincts, devenus interchangeables et remplaçables grâce à la pratique de la greffe d'organes, laquelle a bouleversé la présence et l'identité de la personne dans la matérialité de son corps¹⁰⁶² et éveillé de complexes phénomènes de désubjectivation. Ainsi la personne humaine, acteur de l'ordre juridique, incarne concrètement son corps comme

¹⁰⁶⁰ René DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, GF-Flammarion, Philosophie, 1992, II, 5.

¹⁰⁶¹ Henri BERGSON, *L'Évolution créatrice* (1907), PUF, Quadrige, 2007, pp. 138-140.

¹⁰⁶² Quand il y a greffe, on considère que la personne hôte reste la même, même si elle a subi des greffes d'organes parfaitement visibles, comme le visage ou les mains et que ces greffes peuvent modifier fortement son apparence.

un « tout », tout en étant aussi un ensemble composite d'éléments greffés ou potentiellement greffables (A) et susceptibles d'être donnés (B).

A. Le corps greffé

La greffe, c'est l'Autre en soi, même si une personne n'est pas « dans ses organes ». Et l'autre dans la plupart des cas, est anonyme, sans identité, ainsi le veut la loi. Et tout le questionnement à la fois psychanalytique et juridique de la greffe tient en un paradoxe : il faut que cette part anonyme s'intègre au soi¹⁰⁶³ et que le soi se retrouve après l'avoir absorbé et intégré. Entre donneurs et receveurs, ce ne sont en effet pas seulement des morceaux de corps qui circulent, mais de l'identité, et de ce fait des fantasmes d'incorporation, proches de ceux, interdits, du cannibalisme. Les fantasmes de renaissance à la vie peuvent aussi être accompagnés de culpabilité, du fait de la « dette » contractée vis-à-vis du donneur, éventuellement de leur charge sexuelle inconsciente, il s'agit alors de permettre une restauration progressive de l'identité propre. C'est le renouvellement des êtres par le prolongement de soi dans l'Autre. Jean Cocteau affirmait que « de notre naissance à notre mort, nous sommes animés par un cortège d'autres qui sont reliés par un fil ténu »¹⁰⁶⁴. Ainsi, en toile de fond du discours sur les corps et les bons usages qui doivent en être faits, c'est toujours un discours sur le sujet qui se profile. L'Autre est dans l'organe greffé¹⁰⁶⁵, le nier expose à des troubles psychologiques et identitaires, et cette représentation qui n'a cessé de prendre de l'épaisseur, est devenue une évidence pour les scientifiques de tous bords qui confèrent à l'organicité des statuts particuliers, car l'idée d'un corps comme unité homogène relève du mirage.

¹⁰⁶³ Le « Soi » est « la représentation de la personne entière du sujet, ou cette personne entière même. Le soi englobe le conscient et l'inconscient. Le moi est une partie du soi », in Christian GODIN, Gilles-Olivier SILVAGNI, *La psychanalyse pour les Nuls*, op. cit., p. 418.

¹⁰⁶⁴ Jean COCTEAU, *La difficulté d'être*, Éditions du Rocher, Alphonse, 1999, 224 p.

¹⁰⁶⁵ En psychanalyse, le statut de l'organicité a un statut particulier, il vise à connaître, par le discours, les limites du corps, il s'agit de pressentir l'endroit où le corps commence, et là où il prend fin. Olivier Douville écrit qu'« allant de l'imagerie hystérique à la jouissance dolente de l'organicité inconsciente hypochondriaque, cette nouvelle texture théorique du corps rend compte d'un corps se construisant entre réel et érogène par l'ensemble des traces de l'Autre qui inscrivent la préforme de l'histoire du sujet. (...) Le corps se fait une cartographie mouvante dépendante des théâtres de la pulsion, et l'organisme inconscient est la niche d'une vie pulsionnelle (...). Si le corps est donc effet d'altérisation et de limites, sa cartographie est donc dépendante d'un certain nombre de nouages entre érogène, traces et altérités », in Olivier DOUVILLE, « De l'organisme et du corps d'un point de vue psychanalytique », p. 10, in *Logique des corps*, Érès, Figures de la psychanalyse, 2006/1, vol. 13, 252 p.

L'histoire des greffes est séculaire. Récits religieux et fictions contemporaines témoignent de la fascination, l'émerveillement, la crainte, qu'elles suscitent, car une différence fondamentale existe entre les produits du corps humain et les organes : les premiers se renouvellent, les seconds non. Initialement la greffe emprunte beaucoup au fantasme, il en existe une trace picturale au couvent San Marco de Florence, c'est une œuvre de Fra Angelico de 1438, représentant les saints guérisseurs et Damien greffant à leur sacristain - dont la jambe était dévorée par un chancre malin - une jambe prélevée sur le cadavre d'un Éthiopien tout juste enseveli¹⁰⁶⁶.



La greffe devient une réalité dans les années 1950¹⁰⁶⁷, période de bricolages et d'échecs, avec les premières greffes rénales et hépatiques à partir de patients à cœur arrêté. Les années 1970 marquent un développement important des techniques de greffe, quand la mort est redéfinie par le critère encéphalique¹⁰⁶⁸, et grâce à la découverte des propriétés immunosuppressives de la cyclosporine qui limitent considérablement les risques de rejet du greffon. C'est l'époque des premières législations¹⁰⁶⁹ et de l'élargissement progressif de la population des donneurs potentiels. Dans les années 1980 et 1990, la tonalité change, la crainte du trafic d'organes

¹⁰⁶⁶ Fra ANGELICO, Prédelle du retable de San Marco, *La guérison du diacre Justinien*, Musée San Marco, Florence, 1438-1440.

¹⁰⁶⁷ Car « Là où croît le péril, croît aussi ce qui sauve », Friedrich HÖLDERLIN.

¹⁰⁶⁸ La mort cérébrale est définie par la circulaire du 24 avril 1968, ce qui permet qu'une personne ayant toutes les apparences de la vie, avec une respiration persistante et un cœur battant, puisse devenir un réservoir d'organes disponibles.

¹⁰⁶⁹ L'Uniform Anatomic Gift Act aux États Unis en 1969, la loi Caillavet en France en 1976, la codification espagnole en 1979.

émerge¹⁰⁷⁰, la nécessité d'une moralisation de la pratique s'impose¹⁰⁷¹, des travaux apparaissent sur les dimensions éthiques et psychologiques du prélèvement sur donneur vivant, puis le développement général de la réflexion bioéthique et l'élaboration de nouvelles structures législatives¹⁰⁷² rendent possible l'essor de la transplantation, notamment grâce un élargissement de la population des donneurs qui peuvent être de plus en plus âgés.

Il résulte de tout cela une vision « dualisée » du corps qui devient séparable de la personne, laquelle, en dépit des apparences ne semble plus être dans son corps. Quand la loi Caillavet légalise le 22 septembre 1976 le principe du « consentement présumé »¹⁰⁷³ du défunt au prélèvement de ses organes, chacun est supposé avoir pris des dispositions concernant ses « biens corporels », de la même manière que de ses autres biens matériels et immatériels. En 1978 deux associations dédiées à la promotion du don d'organes, créées en 1969, sont reconnues d'utilité publique¹⁰⁷⁴. En 1984, le prélèvement multi-organes permet de soustraire l'ensemble des tissus en une seule fois, le corps du donneur devient alors, avec l'appui de l'État, une prodigieuse boîte à outils. Après l'affaire Amiens-Tesnière¹⁰⁷⁵, le don d'organe chute brusquement, puis se stabilise progressivement, quand un Comité de transparence sous la direction du ministère de la Santé se charge de redéfinir les bonnes pratiques de la greffe, reprises en majorité par les lois de bioéthique de 1994. La prodigieuse aventure médicale de la transplantation d'organe, considérée comme la plus grande avancée thérapeutique du dernier

¹⁰⁷⁰ « Méfiez-vous du premier mouvement, il est toujours généreux », disait Charles-Maurice de TALLEYRAND-PÉRIGORD.

¹⁰⁷¹ Michel CASTRA, *Contributions à une sociologie des pratiques professionnelles aux frontières de la vie et de la mort*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, Université de Lille I, 2012, p. 95.

¹⁰⁷² Le National Organ Transplantation Act en 1984 aux États Unis, l'Organizacion Nacional de Trasplantes en 1989 en Espagne, les lois de bioéthique et la création de l'Établissement français des greffes en France en 1994, in Philippe STEINER, *La Transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, NRF, Gallimard, 2010, pp. 33-34.

¹⁰⁷³ Le consentement préalable à tout prélèvement est nécessaire, mais le donneur n'est pas lié par son propre consentement qui est à tout moment révocable. On ne peut évidemment imaginer de révocation après l'exécution du don. Les protections du consentement que sont le formalisme et les incapacités sont très strictes et contraignantes en la matière. Depuis la loi Caillavet, tout individu est présumé donneur, sauf s'il a exprimé son refus de son vivant. Un principe réaffirmé encore récemment par la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016.

¹⁰⁷⁴ France Transplant et France ADOT.

¹⁰⁷⁵ Les parents d'un jeune homme décédé puis « prélevé » sous le régime du consentement présumé se déclarent bouleversés d'apprendre que les cornées oculaires ont été enlevées et la responsabilité de l'hôpital, est engagée pour défaut d'information, V. Catherine RÉMY, « Qui est le plus humain ? La disponibilité des corps de l'homme et de l'animal pour la transplantation d'organes », *Politix*, vol. 90, n°2, 2010, pp. 47-69.

tiers du 20^{ème} siècle gagne en familiarité et devient presque banale. Le « greffon » est une nouvelle ressource sociale, essentiellement produite par la mort qui en cela peut être elle-même « optimisée ». La transplantation d'organes entraîne la transgression de deux frontières, celle de la vie et de la mort, et celle de la peau.

Encore davantage étonnante que la greffe d'un organe, celle de cellules souches hématopoïétiques¹⁰⁷⁶ problématise foncièrement tout ce qui a trait à l'identité et à la continuité de l'être. Entité « fluide », le greffon est en mesure d'être le point de départ de changements extrêmement profonds en la personne du receveur. En témoigne le remplacement d'un groupe sanguin par celui, différent, du donneur. Dès lors, la conception du rapport entre le soi et le non soi est bouleversée, et le sang, partie intégrante d'un ultime bastion identitaire, vacille, alors qu'il est l'une des caractéristiques fondamentales de l'être humain. Si l'on accepte cette proposition, le parallèle avec ce qui se passe dans l'ordre psychique est saisissant. Car à l'image de l'utopie qu'est le sentiment d'identité auquel correspond un vécu d'unicité de l'organisme, l'incidence de la greffe dans l'économie psychique d'une personne renforce encore l'idée qu'un moi homogène, unifié, dégagé du surmoi, est un leurre narcissique, et que la consistance identitaire une grande illusion¹⁰⁷⁷. Assez effrayante, la greffe de cellules souches hématopoïétiques qui aboutit parfois à la création d'une *chimère biologique*, quasiment un être qui parfois attaque son hôte, le transformant entre autres possibilités en écorché vif, avant de le tuer. Ainsi l'activité de la chimère entraîne éventuellement l'apparition d'une nouvelle entité étrange et morbide qui se diffuse partout, pendant que l'identité du protagoniste devient indécidable, et que « l'exploration des marges ultimes du saisissable frôle une sorte de transgression cruciale »¹⁰⁷⁸.

L'expérience subjective d'une atteinte au réel du corps somatique obéissant aux lois biologiques et physiologiques, est l'occasion d'un travail psychique considérable, et correspond à une variation du sentiment d'identité, pouvant entraîner une « détresse traumatique sidérante

¹⁰⁷⁶ Les cellules souches hématopoïétiques sont à l'origine de toutes les lignées de cellules sanguines qui interviennent lors de l'hématopoïèse, terme qui désigne le processus physiologique de production des cellules sanguines.

¹⁰⁷⁷ Jacques ASCHER, Jean-Pierre JOUET, *La greffe, entre biologie et psychanalyse*, PUF, 2004, pp. 10-11.

¹⁰⁷⁸ Michel de M'UZAN, « Préface », in Jacques ASCHER, Jean-Pierre JOUET, *La greffe, entre biologie et psychanalyse*, Presses Universitaires de France, 2004, pp. 7-15.

dans un espace psyché/soma régressivement proche du chaos »¹⁰⁷⁹, quand le greffon au lieu d'être perçu comme un sauveur, devient l'initiateur d'une « deuxième maladie ». C'est une intrusion de réel biologique dans l'univers imaginaire et symbolique du malade, un télescopage de l'intime, une rupture signifiante dans la continuité de l'être. Les effets psychiques directs de l'intégration de l'identité personnelle du donneur via le morceau de corps greffé, posent question ; qu'en est-il de l'appropriation psychique de l'organe transplanté par le patient, quand il y a transpiration de l'être dans l'avoir, présence et existence d'autrui dans l'organe donné ?

Que peut dire le droit de la tâche impressionnante qui incombe à une personne quand elle doit intérioriser fantasmatiquement un greffon, du plus ordinaire au plus complexe, pour qu'elle puisse faire prendre signifiante à des bouleversements somatiques « insensés » ? Dans de tels contextes, l'intégration de psychanalystes au sein d'équipes de réflexion médicale et juridique ne relève sans doute pas du superflu, car selon la nature du greffon, les incidences personnelles sont différentes sur tous les plans. La psychanalyse vise à préciser les limites du corps par le discours, elle contribue à pressentir l'endroit où le corps commence, et là où il prend fin, quels en sont ses contours et son contenu. Face à la tendance actuelle à la désobjectivation installée comme discours de pouvoir, et dont l'une des principales manifestations est la « médicalisation » de l'existence, elle établit le rapport entre corps et jouissance, elle bouleverse la représentation simple du corps comme matériau brut. Un matériau intégré ou disparu. Juridiquement reçu ou donné.

B. Le don d'organes et de produits

La question des usages légitimes du corps humain est une question discutée, à réponse variable selon les époques et les sociétés. Le processus du don d'organes et de produits suscite des interrogations, notamment à propos du *donneur*, terme dont la familiarité occulte une réalité relationnelle complexe. Comment prendre en compte en effet ce qui ne se compte pas, à savoir le coût du dommage moral pour la personne qui donne et pour sa famille, résultant du recyclage d'un corps mort réintégré parmi les vivants ? La difficulté est tout aussi réelle pour le *receveur*

¹⁰⁷⁹ Jacques ASCHER, et Jean-Pierre JOUET, « Variations autour du sentiment d'identité », *La greffe, entre biologie et psychanalyse, op. cit.*, pp. 119-157.

qui subit une sorte de « tyrannie du don »¹⁰⁸⁰, du fait de la dette de vie, de la dette psychique infinie contractée à l'endroit du donneur, avec sa cohorte de troubles relationnels, quelles que soient les précautions juridiques qui entourent la transplantation, car « ce n'est pas le mal, c'est le bien qui engendre la culpabilité » enseigne Lacan.

Le droit exige que le donneur soit altruiste, bien. Mais que penser juridiquement des pressions psychiques exercées sur les donneurs familiaux, quand le choix est un faux choix, ou quand le prélèvement est effectué sur un mineur empli d'appréhension qui le vit comme un hold up de lui-même offert en sacrifice. Il ne donne pas, on lui prend. La littérature juridique ne prend en compte la réalité du don et de la greffe qu'à travers des textes concernant des liens déshumanisés entre le donneur et le receveur, de telle sorte que la survenance d'un phénomène de transfert¹⁰⁸¹ avec ses aléas, paraît complètement secondaire alors qu'il ne l'est pas. Et l'esprit du médecin transplantateur, mû par un désir de mort pour satisfaire un désir de vie ? À l'irrationnelle déférence envers la personne subjective, sans laquelle cette même personne se confondrait en un matériau biologique, répond la puissance d'un désir vitaliste, et également une « circulation » éthique, dont on ne sait plus si elle échappe véritablement à la logique du marché.

Le don d'organe semble être le don le plus essentiel, le plus fondamental que l'on puisse faire, puisque la vie du receveur est généralement en jeu. Le terme de « don » a l'apparence d'un faible caractère technique et semble appartenir d'emblée à des disciplines extra juridiques, or il s'apparente, au sens du droit, à celui de « donation », qui suppose un dépouillement irrévocable et sans contrepartie d'une personne envers une autre personne. Maurice Godelier explique qu'aujourd'hui, devant l'ampleur des problèmes sociaux, le don est en passe de redevenir une condition objective, socialement nécessaire, de la reproduction de la société¹⁰⁸². Or les grands traits des principes législatifs autour desquels s'organise le don d'organe rendent sa détermination juridique malaisée. En effet le don nécessite par essence deux conditions : il doit

¹⁰⁸⁰ Cf. Jacques GODBOUT, « Le don au-delà de la dette », *Revue du MAUSS*, vol. n° 27, n° 1, 2006, pp. 91-104 ; Anne-Marie FIXOT, « Don, corps et dette : une approche maussienne », *Revue du MAUSS*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 477-488 ; Karl-Leo SCHWERING, « La spirale du don en transplantation d'organes », *Recherches en psychanalyse*, vol. 17, n°1, 2014, pp. 8-16.

¹⁰⁸¹ Ce terme n'appartient pas en propre au vocabulaire analytique, il a un sens général, proche de celui de transport, mais peut impliquer, concernant la nature de ce qui est transféré, à un déplacement de valeur, un transfert sensoriel, un sentiment, une charge libidinale, un fantasme.

¹⁰⁸² Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, Fayard, 1996, 315 p.

engendrer un transfert de valeur patrimoniale sans contrepartie, et le donateur doit être mû par une intention libérale. En droit positif, la volonté généreuse est plus fragile et lie moins celui qui l'exprime, que la volonté onéreuse, et l'adage ancien « donner et retenir ne vaut » ne saurait trouver d'application en matière de don d'organe, qui s'accorde mieux avec « donner c'est lâcher sans retenir ». Jacques Godbout se rapproche d'une notion fondamentale de l'édifice freudien lorsqu'il s'enthousiasme à la lecture de la définition du *Dictionnaire de sociologie* de Raymond Boudon¹⁰⁸³, empreinte de juridicité : « Donner, c'est (donc) se priver du droit de réclamer quelque chose en retour »¹⁰⁸⁴, mais il y ajoute un élément : « c'est certes négatif : se priver, renoncer volontairement ».

Renoncer à une partie de son patrimoine corporel ? La loi, soucieuse du risque de dérive marchande de la circulation « des biens et produits du corps », même dans un cadre scientifique ou thérapeutique, impose des principes stricts - liberté, gratuité, anonymat¹⁰⁸⁵ - pour assurer la

¹⁰⁸³ Raymond BOUDON, François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, Quadrige, 2011, 768 p.

¹⁰⁸⁴ V. « symbolisme social », *ibid.*, p. 592.

¹⁰⁸⁵ L'anonymat, organisé avec soin, interpose un écran hospitalier entre le donneur et le receveur, pour évacuer autant que possible tout risque de pression ou de tentation de marchandisation d'éléments corporels. La loi exige en effet que le donneur ignore l'identité du receveur, et le receveur celle du donneur. C'est ainsi que quelques articles du Code de la santé publique scellent la destinée de nombre de patients dans l'attente tragique de greffons, dont certaines personnes mourront faute d'organe disponible (579 demandeurs de transplantation sont morts en 2015, faute d'une offre suffisante). L'exception, la dérogation salvatrice, tient au fait que le donneur soit vivant ; dans ce cas l'art. L1231-1 CSP (art. L1231-1 al. 1 et 2 CSP : « Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur. Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organe dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils ou filles, ses grands-parents, ses oncles ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur »), permet, depuis 2011, et en raison d'une pénurie d'organe (v. Jean PENNEAU, « Corps humain – Bioéthique », *Répertoire de droit civil*, 2012, (actualisation 2017), § 169 et 170), que peut seul être le donneur dans l'intérêt du receveur, un membre de sa famille, ou une personne entretenant avec lui un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans. Les articles du Code de la santé publique disposent de manière générale que : Art. L1211-1 al. 1 : « La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre » ; art. L1211-2 al. 1 : « Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment » ; art. L1211-3 al. 1 : « La publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé est interdite. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain » ; art. L1211-4 al.1 : « Aucun

primauté et la dignité des personnes¹⁰⁸⁶, et le droit à chacun au respect de son corps¹⁰⁸⁷ ; pourtant, ces principes confèrent au don des traits singuliers.

Donner une partie de soi repose sur une ambiguïté fondamentale, c'est mêler liberté et obligation, intérêt et désintéressement, l'acte ne s'assimile pas réellement à de la gratuité ou de la générosité, de telle sorte qu'il devient impossible de démêler ces qualités, et de ne pas voir l'embrouillement juridique que masque le régime du don d'organe. À la fois l'idée d'un « commerce » d'organes voués à la transplantation, crée de prime abord une répugnance, et en même temps l'altruisme qui empreint le don d'une part de soi à fin de sauvegarde d'une autre vie que la sienne est une grande marque d'abnégation. Mais il n'y a pas de don gratuit : la psychanalyse nous enseigne qu'il nous est difficile de renoncer à quoi que ce soit. L'apparence est que la circulation des éléments du corps est la conséquence de gestes généreux, et la réglementation afférente tente de réaliser un compromis mal abouti entre dignité humaine, et intérêt scientifique et thérapeutique. D'emblée, la volonté de dépassement de soi par le don suscite une certaine méfiance, libération pour les uns, asservissement pour les autres. Simultanément, la transplantation rend ostensible le caractère dérisoire du corps déprécié promis à devenir charogne¹⁰⁸⁸, et elle réunit les potentialités presque surnaturelles offertes par la médecine et les risques les plus délétères.

Aucun texte n'énonce ou ne consacre explicitement le principe, certains interdisent la rémunération¹⁰⁸⁹, mais il est vrai que la gratuité c'est l'absence de rémunération. La gratuité

paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits » ; art. L1211-5 al. 1 et 2 : « Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique » ; art. L1211-6 : « Les éléments et produits du corps humain ne peuvent être utilisés à des fins thérapeutiques si le risque mesurable en l'état des connaissances scientifiques et médicales couru par le receveur potentiel est supérieur à l'avantage escompté pour celui-ci ».

¹⁰⁸⁶ Art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

¹⁰⁸⁷ Art. 16-1 C. civ. : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

¹⁰⁸⁸ Charles BAUDELAIRE, *Les fleurs du mal*, XXIX, « Une charogne », Éditions de Saint-Clair, 1967, 241 p.

¹⁰⁸⁹ L'art. 16-6 C. civ. énonce que « Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». L'art. L1121-11 affirme que La recherche impliquant la personne humaine ne donne lieu à

sans laquelle il ne saurait être question de « don », a quelque chose d'embarrassant, du moins telle qu'elle est juridiquement organisée¹⁰⁹⁰, même si le législateur a pu autoriser la pratique du don croisé¹⁰⁹¹, qui se pratique entre des donneurs qui se connaissent : le donneur et le receveur ne sont pas compatibles, mais le donneur l'est avec un second receveur, qui lui-même a un donneur avec lequel il n'est pas compatible, mais qui l'est avec le premier receveur. Dans un tel montage, le don n'est plus désintéressé. Le cercle des donneurs a également été élargi à toute personne présentant un lien affectif étroit et stable avec le receveur. Le risque de dérive est bien sûr que toute personne disposant d'une certaine puissance financière organise un lien artificiel avec un donneur compatible.

Ce qui interroge quant au pourquoi d'un carcan juridique enserrant la propriété et le don de matière humaine, c'est que les prérogatives individuelles de la personne sur les éléments de son propre corps se résument à « je donne ou je ne donne pas », mais l'individu n'est finalement pas au cœur du système. La crainte d'une marchandisation « déviante », « indigne », « irrespectueuse du corps humain et des intérêts thérapeutiques », paralyse la liberté et la propriété individuelles, elle désorganise la hiérarchie prévue par la DDHC et le Code civil. Le

aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent ». L'art. 1211-4 CSP rappelle que : « Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits ».

¹⁰⁹⁰ Gratuité tout aussitôt remise en cause quand les dons sont pressants, par exemple pour ceux d'ovocytes, le législateur a ouvert aux femmes qui n'ont pas encore procréé, le droit de donner leurs ovocytes, et pour les y inciter, il prévoit une conservation à des fins autologues, c'est l'art. L1244-2 CSP ; la donneuse bénéficie donc d'une contrepartie directe et immédiate qu'elle n'aurait pu obtenir autrement, c'est-à-dire sans procéder au don.

¹⁰⁹¹ Art. L1231-1 al 3 et 4 CSP : « En cas d'incompatibilité entre la personne ayant exprimé l'intention de don et la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, rendant impossible la greffe, le donneur et le receveur potentiels peuvent se voir proposer le recours à un don croisé d'organes. Celui-ci consiste pour le receveur potentiel à bénéficier du don d'une autre personne ayant exprimé l'intention de don et également placée dans une situation d'incompatibilité à l'égard de la personne dans l'intérêt de laquelle le prélèvement peut être opéré en vertu des premier ou deuxième alinéas, tandis que cette dernière bénéficie du don du premier donneur. En cas de mise en œuvre d'un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. L'anonymat entre donneur et receveur est respecté. Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement et, le cas échéant, des modalités du don croisé, doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant, au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé et que le don est conforme aux conditions prévues aux premier, deuxième et, le cas échéant, troisième alinéas. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment ».

vendeur serait moins « libre » que le donneur, et la vente d'un organe par son propriétaire est supposée complètement immorale, alors qu'elle n'annule pas son utilité sociale, et que l'on se peut se demander en quoi la motivation financière serait source d'indignité. Peut-être parce que l'argent ramène toujours à quelque chose de « sale »¹⁰⁹². Le sang a déjà un prix, une valeur patrimoniale, la loi régleme les échanges entre les établissements de santé¹⁰⁹³ ; tous les éléments issus du corps ont un prix, et les conditions de leur patrimonialisation existent bien¹⁰⁹⁴. La liberté individuelle et la propriété sont des concepts en eux-mêmes dûment éprouvés, déjà sollicités à propos des cheveux, des poils, des ongles et des dents¹⁰⁹⁵ qui peuvent être vendus, mais pas une peau tatouée¹⁰⁹⁶. L'évolution législative est dynamique, les lois sur la bioéthique doivent être rediscutées tous les sept ans¹⁰⁹⁷, peut-être cette évolution pourra-t-elle mettre un terme à une certaine hypocrisie du système et régler de façon plus pragmatique la

¹⁰⁹² Cf. Henri de CAEVEL, « Cinquième épisode. L'argent, c'est de la merde ! », in Henri de CAEVEL (dir.), *Échappées de diva*, ÉRÈS, 2008, pp. 50-62.

¹⁰⁹³ Une Agence de la biomédecine a été instituée par la loi du 6 août 2004, qui la rend « compétente dans les domaines de la greffe, de la reproduction, de l'embryologie et de la génétique humaine ». Elle veille à la réglementation des bonnes pratiques notamment en matière de biomédecine. L'art. L235-1 CSP : « Seuls les établissements de santé autorisés à prélever des organes en application de l'article L1233-1 peuvent les exporter à des fins thérapeutiques. Seuls les établissements de santé autorisés à greffer des organes en application des dispositions de l'article L1234-2 peuvent les importer à des fins thérapeutiques. Seuls peuvent importer ou exporter des organes à des fins scientifiques les organismes autorisés par le ministre chargé de la recherche après avis de l'Agence de la biomédecine. Et art. R1221-68 CSP : « Les dispositions de la section 4 du chapitre V du titre III du présent livre sont applicables à l'importation et à l'exportation à des fins scientifiques de sang, de ses composants et de ses produits dérivés ».

¹⁰⁹⁴ Le principe de gratuité est considérablement malmené ; au niveau individuel, cela peut se concevoir, mais au niveau collectif, cela devient impossible du fait de la mise à disposition des éléments du corps, et de leurs tarifs officiels de cession qui varient énormément, selon qu'il s'agisse de sang, de lait, de plasma, de cellules souches hématopoïétiques qui existent dans le sang du cordon ombilical, etc., v. Jean-René BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain », in Nathalie Martial-Braz et Célia Zolinski (dir.), *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p. 270.

¹⁰⁹⁵ On trouve sur eBay, une molaire à 42€.

¹⁰⁹⁶ En revanche, un artiste suisse, Tim, dont le dos est entièrement tatoué, a passé un contrat avec un collectionneur allemand, conférant à ce dernier le droit de disposer de l'œuvre trois fois par an pour l'exposer, mais également de la revendre et de la léguer, puisqu'après le décès de l'artiste, sa peau tatouée devra être détachée de son corps pour être remise à son nouveau propriétaire. Une situation qui n'est pas sans faire penser au film *Le tatoué*, réalisé en 1968 par Denys de La Patellière, où Jean Gabin incarnant un légionnaire largement tatoué sur le dos, refusait catégoriquement de « vendre sa peau » à Louis de Funès qui intercédait pour des collectionneurs américains.

¹⁰⁹⁷ Art. 47 de la loi n°2011-814 du 7 juillet 2011 « I. La présente fait l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le Parlement dans le délai maximal de sept ans après son entrée en vigueur. II. Elle fait en outre l'objet, dans un délai de six ans, d'une évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques ».

circulation des choses tout à fait particulières que sont les éléments humains. L'appréciation des valeurs sociales évolue, les mœurs changent, il n'est pas exclu que l'« inviolabilité » du corps humain s'efface au regard de sa liberté, et surtout, il n'appartient sans doute pas exclusivement aux juristes et à la *politeia* de décider de la propriété et de la liberté de jouissance du patrimoine corporel de chacun.

S'il était actuellement question d'incorporer le corps humain au sein du régime des donations, ce ne serait imaginable qu'au prix de considérables distorsions, car il ne saurait y avoir de contrat avec l'établissement qui prélève, pas plus qu'entre le donneur et le receveur. La nature de l'objet transféré contribue au problème, car si les nouvelles dispositions du livre I du Code civil laissent penser que les lois de bioéthique ont refusé que le corps humain intègre la catégorie des simples choses¹⁰⁹⁸, sa protection n'est effective que par le biais de sa personnalisation. La question se pose de savoir si son incorporation claire dans la catégorie des choses permettrait une protection plus simple et plus efficace, respectueuse de la dignité humaine, en adéquation avec les structures permanentes de notre culture juridique. Le corps, juridiquement rattaché à la personne, ne peut qu'être hors patrimoine, or les éléments corporels donnés sont bien concrètement des éléments de notre patrimoine corporel qui circulent entre vifs, et les éléments du corps transférés d'un donneur à un receveur le sont de façon absolue et définitive, exactement comme des biens. Alors la question d'un déni juridique se pose : y a-t-il de la part de l'institution juridique, une difficulté à percevoir et à voir ce qui s'impose au réel ? L'impression est que « tout se passe comme si le législateur, pour régir la circulation de parties du corps humain, n'avait pas pu ou voulu faire appel au don sous sa forme juridique ordinaire d'acte transférant la propriété de biens, mais avait plutôt tenté de faire resurgir le don sous sa forme archaïque, comme l'a démontré Marcel Mauss, quand choses et personnes étaient encore mêlées »¹⁰⁹⁹. À la question de « quelle est la signification du don du corps », il n'est pas de réponse juridique sans recours à d'autres savoirs.

Marcel Mauss définit le don comme une triple obligation, celle de donner, de recevoir, et de rendre, processus qui dans la conception matérialiste du don d'organe aboutit à une impasse.

¹⁰⁹⁸ C'est l'opinion de certains auteurs, comme Jean Carbonnier ou Yves Thomas.

¹⁰⁹⁹ V. « don », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 420.

Non seulement le receveur n'est pas en capacité de rendre l'organe reçu du donneur, mais le constat clinique est que le patient construit un « mythe du don » grâce auquel il parvient à se faire une représentation imaginaire du donneur. Le processus du don d'organe et de la transplantation, comme si le corps était une manne servant à réparer un autre corps, forme une « spirale »¹¹⁰⁰ étonnante d'autant plus que ce don souvent indispensable au maintien la vie est aussi potentiellement un don de mort. L'obligation de don s'entend comme l'initiatrice d'un échange relationnel : celle de recevoir est tout à fait intelligible puisqu'elle consiste en le fait d'accepter un cadeau salvateur, celle de rendre paraît problématique, car un « retour » du don semble antinomique, et s'il est obligatoire, il n'y a plus de don mais un échange à caractère marchand. Pour Marcel Mauss, ce système d'échange doit être démasqué, le cœur de son *Essai*¹¹⁰¹, c'est la notion de *hau*, qui désigne *l'esprit de la chose donnée*, qui est une parcelle de l'esprit du donateur, ainsi « accepter quelque chose de quelqu'un, c'est accepter quelque chose de son essence spirituelle, de son âme »¹¹⁰². Il semble logique que cette « essence spirituelle » retourne à son propriétaire, forcément sous une autre forme que la forme d'origine : contre-don, remerciement, gratitude (et non culpabilité torturée), même dans la non immédiateté et l'incertitude, tout à l'opposé de l'échange marchand, et qui n'est finalement pas l'acquittement d'une dette, de telle sorte que le cercle du don devient une spirale ouverte. Le retour n'est pas une substitution, le paradoxe du don est qu'il conjugue obligation et liberté, en fonction d'une certaine subjectivité, et d'un choix de ce qu'il y a à rendre¹¹⁰³, et qui n'est pas déterminé à l'avance¹¹⁰⁴. Il y a donc construction dans la relation au don, émergence d'une sorte de reconnaissance qui enrichit la spirale qu'il a initiée, et devient gage d'un rapport social abouti. Ainsi donc « le don contient toujours un au-delà, un supplément, quelque chose de plus, que la gratuité essaie de nommer. C'est la valeur de lien »¹¹⁰⁵. Il y a une vertu cachée de la « dette », celle de se faire l'interprète d'affects à connotation positive. En transplantation, elle est couplée

¹¹⁰⁰ Karl-Leo SCHWERING, « La spirale du don en transplantation d'organes », *op. cit.*, pp. 8-16.

¹¹⁰¹ Marcel MAUSS, *Essai sur le don*, PUF, Quadrige, 2012, 252 p.

¹¹⁰² *Ibid.*, p. 161.

¹¹⁰³ Car, selon Jacques Godbout, « (...) le don a horreur de l'équilibre (et) l'équivalence, c'est la mort du don (puisque) c'est une façon de « mettre un terme » à une chaîne de don, d'enlever au don la tension qui le dynamise (et enfin) la recherche d'égalité interrompt et tue le don (car) l'égalité introduit la rivalité que le don, au contraire, évacue en faisant alternativement des partenaires des « supérieurs » et des « inférieurs », in Jacques GODBOUT, *L'esprit du don*, La découverte, 1992, p. 252.

¹¹⁰⁴ Karl-Leo SCHWERING, « La spirale du don en transplantation d'organes », *Recherches en psychanalyse*, *op. cit.*, pp. 8-16.

¹¹⁰⁵ Jacques GODBOUT, *L'esprit du don*, *op. cit.*, p. 245.

à l'idée de la *valeur* de l'organe, qui correspond à un *don de vie* inestimable, dont la valeur utilitaire a une haute portée symbolique et ne peut être remboursée.

La spirale de la triple obligation maussienne de « *donner, recevoir, rendre* », risque, en matière de transplantation, d'être interrompue du fait des obstacles que constituent l'absence d'un lien réel entre le donneur et le receveur, et l'intervention de tiers intermédiaires. Or, le mythe du don écarte ces obstacles, car le receveur rétablit le lien avec le donneur par l'entremise de ses spéculations imaginaires. L'organe matériel, l'outil, devient une pièce d'échange instauratrice d'humanité, et sa valeur symbolique transcende de loin sa valeur biologique, « dans la mesure où chaque receveur déterminera pour lui-même les valeurs plurielles que ce don revêtira sur le plan de son existence singulière »¹¹⁰⁶. Ainsi s'esquisse une certaine indépendance entre donneur et receveur tant concernant le statut que de la valeur du don, d'autant plus que le donneur anonyme n'a pas pu transmettre la valeur et le statut qu'il assignait à son geste, de sorte que le receveur choisit et estime pour lui-même, et par lui-même, et c'est lui qui en définitive tranche la problématique du don. Le retour du don est donc toujours le retour d'*autre chose, autrement*, et éventuellement même, à *quelqu'un d'autre*. Les patients greffés pourraient donc fort bien se retrouver dans la même position que celle des bénévoles, lesquels peuvent estimer avoir tellement reçu dans leur vie, qu'ils aiment à leur tour donner à d'autres. Le don ne serait tyrannique, et le donneur « dominateur », que dans le cas où l'organe ne serait en rien un « véritable » don. Marchandise ou strict objet médical « sans âme », l'organe ne pourrait alors que dériver vers le cycle économique, lequel serait nécessairement un cycle infernal pour le receveur, puisqu'y prévalent d'autres valeurs en contradiction avec l'esprit du don : restitution de l'objet-organe, ou remboursement de la dette. Alternative qui, en transplantation, est impossible autant qu'absurde (l'organe est difficile à chiffrer du point de vue du donneur comme du receveur, et sa restitution équivaldrait à un arrêt de mort pour le receveur).

On peut penser que l'idéologie du don s'apparente à la force conciliatrice de la gratuité¹¹⁰⁷. La loi quand elle évoque le don d'un élément ou d'un produit de son corps n'est pas sans souligner qu'il ne s'agit pas que de générosité, mais également de devoir social. Ainsi, au réel, la dette

¹¹⁰⁶ Karl-Leo SCHWERING, « La spirale du don en transplantation d'organes », *Recherches en psychanalyse, op. cit.*, pp. 8-16.

¹¹⁰⁷ V. Michela MARZANO (dir.), *Dictionnaire du corps, op. cit.*, p. 315.

devient diffuse, elle se socialise, elle se répand dans le corps social et renforce les liens de ses membres. La valeur oblatrice du don s'efface au profit d'une dimension sociale sensiblement différente. Quand on se réfère à certaines affirmations de la CEDH évoquant les droits attachés à l'autonomie personnelle, entre autres « le droit d'un individu de disposer librement de son corps », on voit bien qu'en théorie tout semble possible. Mais en pratique c'est autre chose. Pour des raisons morales, philosophiques, psychologiques, juridiques, on s'émeut de l'idée de « vente d'organe, vente de cellules, vente d'embryons congelés, vente de sang »¹¹⁰⁸ qui actuellement participe encore beaucoup du fantasme, alors « la controverse n'est plus de savoir s'il faut légiférer ou non ; elle porte sur ce que la loi doit consacrer ou défendre, et sur *les mots pour le dire*. Nos législateurs savent-ils encore que la loi doit d'abord être porteuse de sens, qu'ils ont ici à poursuivre une œuvre de jugement qui ne provient pas d'un consensus mais doit être capable de le créer ? »¹¹⁰⁹. Sans oublier ainsi que le pense Jean Hauser qu'« (...) à chaque étape, passé un temps de résistance, la science - bonne ou mauvaise - triomphe. Peut-être alors faut-il changer de terrain et revenir au champ naturel du juriste : organiser ce qu'on ne peut empêcher, cesser de se battre sur des terrains où le combat est perdu d'avance et se transporter sur celui de l'application »¹¹¹⁰.

Conclusion du Chapitre II

Si j'« ai » un corps, que signifie cette appartenance ? Quelle peut être mon identité si la relation à mon corps est incertaine ? La réponse juridique à ces deux questions est loin d'être évidente. Si le législateur pose comme principe la non disponibilité et la non patrimonialité du corps humain, les pratiques juridiques montrent qu'il en est autrement, et nombre de résistances sont bien ancrées dans les imaginaires des gens. L'ordre juridique doit faire avec l'ordre symbolique¹¹¹¹. Le juriste ne peut ignorer la jouissance du corps et ses pulsions, d'autant plus que la manière dont nous disposons de notre corps engage profondément notre identité.

¹¹⁰⁸ Bernard EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *Dalloz*, 2011, p. 897.

¹¹⁰⁹ Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, p. 107.

¹¹¹⁰ Jean HAUSER, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *Les Petites Affiches*, n° 243, 5 décembre 2002, p. 19 et s.

¹¹¹¹ Cf. sur cette articulation, Emmanuel JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, *op.cit.*, pp. 91-105.

Sigmund Freud avait déjà établi ce lien entre identité et corps en 1923, quand il expliquait que « le moi est tout un moi corporel, il n'est pas seulement un être de surface, mais lui-même la projection d'une surface »¹¹¹². À partir de ce point de vue, une intervention chirurgicale de quel que type que ce soit, une automutilation dans le cadre d'une performance artistique, toute forme de transformation radicale, ne peuvent s'analyser froidement. Notre rapport à notre corps est étroitement assujéti à nos désirs narcissiques, nos peurs et notre volonté de maîtrise. Sans doute, notre identité ne se construit-elle pas chaque fois que nous passons devant le miroir, mais la technique offre des possibilités d'une inépuisable étendue à l'homme souverain. Au point que certains prédisent « une casse du sujet humain »¹¹¹³. Il est certain que, si l'on ne veut pas contribuer à cette folie grandissante, il est important d'essayer de comprendre ce qui se joue dans la manière dont nous disposons de notre corps tout en le sanctifiant.

Conclusion du Titre II

La personne se construit dans un rapport à son corps qui produit de l'identité à deux niveaux.

Le corps et la personne peuvent être ramenés à une seule et même entité. Il y a donc un rapport d'identité entre ces deux termes. L'un *est* l'autre. Il s'agit du même territoire biologique. Le corps est un « lieu identitaire compris comme résultant de l'action commune et de la solidarité des organes qui le composent »¹¹¹⁴. L'identité est dès lors notre patrimoine notamment génétique. Elle évolue avec notre corps et, et nous nous la représentons dans le reflet du miroir. Elle se transmet par la reproduction. Elle est un ensemble organique problématique car sécable.

Le corps est aussi ce qui permet de nous caractériser comme personne. Il est ce qui nous définit, ce qui nous permet de nous affirmer, d'indiquer et de marquer qui nous sommes. La manière dont nous disposons de notre corps nous situe. Notre taille, notre poids, la couleur de notre peau sont des marques d'identification. Mais le corps n'est pas simplement un ensemble de données biologiques. Il raconte ce que nous sommes, notre volonté de maîtrise, nos fantasmes et nos

¹¹¹² Sigmund FREUD, *Le moi et le ça*, (1923), Petite biblio Payot, 2010, pp. 65-66.

¹¹¹³ Pierre LEGENDRE, *Dominium Mundi, l'empire du management*, Mille et une nuits, 2007, p. 20.

¹¹¹⁴ Cf. Jean-Arnaud MAZÈRES, « Qu'est-ce que l'identité ? » in Mathieu DOAT et Jacobo RIOS (dir.) *L'identité en droit*, Mare et Martin, à paraître en 2021.

désirs. Le corps peut même devenir un problème d'identité car il participe de l'idée « que je me fais de moi-même »¹¹¹⁵. Et la recherche de la différence par l'expérimentation de pratiques extrêmes pulsoniennes peut entrer en conflit avec la norme et la normalité.

Confronté à ces nouvelles expressions et pratiques, le droit tâtonne. Le statut du corps oscille entre sacralisation et chosification, essentialisation et marchandisation. Les choix qui engagent notre corps sont rarement rationnels et la psychanalyse éclaire l'importance du désir dans ces processus. L'économie juridique du corps est une économie du désir.

Conclusion de la Première Partie

En conclusion, nous nous demandons si nous avons obtenu des réponses à la question qui a servi de trame à cette première partie : « qui suis-je » ? Elle se pose lorsqu'on demande à une personne de s'identifier elle-même, en ne se contentant pas de décliner seulement son état civil. Nous avons montré que trouver et donner son identité n'est ni le résultat un acte objectif, ni un acte subjectif résultant de la volonté de la personne. L'identité n'est pas un simple acte normatif, c'est une action par laquelle la personne s'institue. C'est un processus qui se dédouble : d'une part, c'est un acte narratif de connaissance et d'autre part un acte d'appropriation du corps et de jouissance.

Un acte narratif de connaissance, parce qu'on ne peut pas parler d'identité de la personne, « sans déficeler la tradition dogmaticienne et la production juridique contemporaine »¹¹¹⁶ qui ne retient de la personne qu'une conception formelle et normative. Ce n'est donc pas seulement du côté du droit qu'il faut chercher des réponses sur les fondements de l'identité de la personne, car la psychanalyse, contre le savoir juridique, ouvre des pistes. L'identité est le produit de l'histoire de la personne, dont une partie est refoulée. La psychanalyse permet de critiquer les tentatives juridiques d'explication de l'identité attribuant notamment un rôle causal aux intentions. Il s'agit alors de déchiffrer l'acte juridique comme l'acte manqué dans la fabrication du « je ».

¹¹¹⁵ Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, *op.cit.* p.14.

¹¹¹⁶ Pierre LEGENDRE, *L'instimable objet de la transmission*, *op.cit.* p. 353.

Un acte d'appropriation et de jouissance du corps, parce que l'identité est à rechercher dans notre économie libidinale. Acte d'appropriation et non acte de propriété, car la personne humaine ne peut disposer tout à fait librement de son corps, elle n'en est pas propriétaire. Le rapport de la personne à son corps n'est pas juridiquement posé. Il est institué, pendant que se fabrique constamment un dispositif juridique destiné à prendre en charge le sujet du désir tout en posant des interdits. La difficulté est que la biologie repousse un peu plus tous les jours les limites des usages de notre corps comme d'un simple outil. Sans la prise en compte de la force des pulsions, les discussions sur le corps « resteront un affrontement sur un ring ou des échanges abscons sans véritable intérêt »¹¹¹⁷.

La personne humaine est le lieu d'une identité intime et personnelle ; au contact de ses semblables, elle se construit également une identité sociale, ostensible, tout aussi fondatrice.

¹¹¹⁷ *Ibid*, p. 355.

Deuxième partie

L'identité sociale de la personne humaine

L'identité juridique de la personne humaine n'est pas seulement la question du sujet qui se voit fixer un état civil. Elle est aussi le résultat d'un processus social encadré par des normes. L'individu s'inscrit en effet dans un tissu social complexe et son identité personnelle est jalonnée par la présence des autres, elle puise dans les identités des autres, elle est composite¹¹¹⁸, sans que l'on sache toujours exactement ce qui relève de l'individu ou du collectif¹¹¹⁹. Le Code civil traduit cette double dimension. Il saisit l'identité de la personne humaine dans son émergence au droit, d'abord isolément dans ses quatre premiers titres qui traitent des droits de la personnalité, puis dans ses relations inter-individuelles, à travers le couple, la filiation, et finalement à l'intérieur du groupe familial. L'identité de la personne est donc aussi le résultat d'un ensemble de relations juridiques. Ainsi, par exemple, nous savons que le père n'est pas le géniteur, et c'est la création d'un lien qui confère son identité au père. Plutôt que de chercher des éléments en faveur d'un droit fondamental à l'identité d'une personne, opposable à l'État, nous chercherons à analyser comment s'instituent socialement les identités à travers des rapports de droit.

La description de ce processus n'est pas évidente car nous traversons une crise du lien juridique et social. Le malaise identitaire trouve ses racines dans un malaise social. « On a bel et bien l'impression que les êtres humains mesurent en général les choses à des aunes qui sont

¹¹¹⁸ Ce que confirme la jurisprudence européenne en considérant que l'exercice de la vie privée et sociale participe de l'épanouissement de la personnalité de l'individu qui a, « dans une certaine mesure, le droit (...) de nouer et de développer des relations avec ses semblables, dans lesquelles son identité est un élément primordial » in CEDH, 16 novembre 1992, *Niemietz c. / Allemagne*, § 29.

¹¹¹⁹ Michel Benasayag explique que « L'individu est l'articulation d'une histoire personnelle, et d'une tradition sociale et culturelle, l'une et l'autre ne cessent de s'épaissir au cours de l'existence. L'identité ne peut donc pas faire l'économie d'une relation à une classe, à une communauté, à un sexe, à une génération », in Michel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, La Découverte, 1998, p. 28.

fausses »¹¹²⁰. Cette mise en garde de Sigmund Freud, qui figure tout au début de son ouvrage *Malaise dans la civilisation*, pourrait s'adresser directement aux juristes qui s'intéressent à l'identité. Il est certain que les structures de la parenté sont fortement ébranlées. Certains craignent que le brouillage des filiations conduise à une négation du père et parfois même de la mère. La crise est d'autant plus importante qu'elle fait vaciller toutes les institutions et la personne se retrouve au cœur d'une tension identitaire : si elle ne fait qu'« un », elle est aussi une multiplicité qui dépend du regard social. Une question se pose alors : « comment le même être peut-il s'apparaître à lui-même comme une multiplicité indéfinie d'états et cependant être une seule *personne* identique ? »¹¹²¹. Dans un désordre social certain, les identités se métamorphosent, s'émancipent et se fragilisent (Titre 1).

Cette crise est d'autant plus forte que même la dichotomie séparatrice des sexes - vestige lointain d'un Éden qui avait tous les accents d'un paradis où chacun était *naturellement* « bien » à sa place - est en train de s'effondrer. Cette division fondamentale de l'espèce humaine qui permet de cartographier tout le système social¹¹²² a longtemps semblé être une évidence, la question de notre identité sexuelle était *a priori* réglée par notre enregistrement obligatoire à l'état civil dès l'instant de notre naissance, en tant qu'homme ou femme. Or aujourd'hui, les identités de sexe troublent un l'ordre sexuel vacillant (Titre 2).

¹¹²⁰ Sigmund FREUD, *Malaise dans la civilisation*, (1930), Seuil, Points-essais, 2010, p. 43.

¹¹²¹ Camille RIQUIER « Bergson et le problème de la personnalité : la personne dans tous ses états », *Les Études philosophiques* 2007/2 (n° 81), p. 197.

¹¹²² Colette GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, Côté-femmes, 1992, p. 117.

Titre I

Identité de la personne humaine et désordre social

Les personnes sont identifiées dans le cadre de familles, de groupes sociaux, d'un État. La fabrique des identités a longtemps obéi à « un principe de généalogie »¹¹²³ : encore récemment, les généalogistes pouvaient dresser sans difficulté majeure la composition des familles, tout en établissant des liens avec différents autres groupes sociaux. Les montages pouvaient être complexes mais les filiations ressemblaient à des réseaux de fils établissant plus ou moins simplement les liens entre les personnes et permettant les processus de transmission et d'héritage. L'identité des personnes était le produit de relations juridiques dans un ordre généalogique simple au sein un ordre social relativement stable.

Mais la profonde transformation de nos sociétés industrielles, le développement d'une personne humaine biomédicale et les métamorphoses du droit de la famille ont profondément bouleversé les structures de la parenté. Seuls les spécialistes du droit des successions et des régimes matrimoniaux s'y retrouvent dans les méandres de certaines filiations. Le désordre social est partout. Plus généralement, les systèmes institutionnels sont pris dans une logique économique et les théories du management ou du comportement ne peuvent plus endiguer la fragmentation et la consommation de ce qui anciennement faisait le lien social. Un abîme s'est ouvert et l'unité de l'identité de la personne vacille car elle est prise dans une multiplicité infinie de relations et de liens. Ce qui nous semblait clair et solide devient flou et fictionnel. La généalogie s'apparente à une entreprise de dressage et de capture de l'identité d'un sujet qui cherche à s'évader, à n'être plus une personne assignée. « L'enfer, c'est les autres »¹¹²⁴, et cet enfer

¹¹²³ Cf. l'un des ouvrages majeurs de Pierre LEGENDRE, *L'ineffable objet de la transmission, essai sur principe généalogique en occident*, (1985), op.cit.

¹¹²⁴ Cf. une phrase célèbre prononcée par un des personnages de la pièce « Huit clos » Jean-Paul Sartre.

commence avec la famille. L'identité devient composite, elle évolue au gré des rencontres, des unions et des désaffiliations. L'identité se déterritorialise et se re-territorialise sans cesse. Confronté à ce désordre social, le droit comme ensemble de normes, peine à appréhender ce qui rend la personne unique et les discours doctrinaux sont pris dans les pièges du fantasme de l'unité idéale (Chapitre I). Or l'identité humaine est le fruit d'une convergence très complexe, elle est éminemment composite et son apparence unitaire est en tension avec ses multiples facettes (Chapitre II).

Chapitre I

La personne comme unité

Le droit a été un puissant moteur pour affirmer l'unité de la personne. Dans une société libérale en plein développement, il a été un outil permettant de distinguer chaque sujet de droit, qui est « un » et unique. Les concepts de personne et d'identité ont largement participé à ce processus permettant une indivisibilité du sujet et son édification en propriétaire. Si à une personne, sont attachés une personnalité juridique et un patrimoine, ces deux concepts accompagnent le sujet de droit de sa naissance à sa mort. La méconnaissance de cette unité annihile tout respect attaché au phénomène personnel¹¹²⁵.

Cette unité de la personne est fragile. Et certains auteurs, comme par exemple le professeur Anne-Marie Frison Roche, ont le sentiment qu'elle « part en miettes, pour être reconstruite en d'autres miettes humaines dans des banques de données, banques de gamètes, dont les titulaires, et disons-le, les propriétaires ne sont pas les fournisseurs de la matière première qui les composent »¹¹²⁶. Dans une société tournée vers l'individualisme où tout s'uniformise et où tout circule, il devient de plus en plus difficile de savoir qui est qui. La personne, ramenée à l'unité de l'individu, est prise dans une multitude de groupes. Son identité se fragmente et les éléments qui faisaient son état civil - le nom, le prénom, le sexe, la situation maritale, la nationalité, le domicile - sont autant d'éléments qui deviennent mouvants. L'identité de la personne n'est souvent plus une évidence pour elle-même et le juge est régulièrement conduit à rappeler qu'il existe un droit à connaître son identité et ses origines¹¹²⁷.

¹¹²⁵ Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003, p. 1.

¹¹²⁶ Cf. Anne Marie FRISON-ROCHE, « Pour protéger les êtres humains, l'impératif éthique de la notion juridique de personne », in *APD* 2018, Tome 60, p. 363-378

¹¹²⁷ CEDH, 13 février 2004, *Odièvre c. / France* ; Cf. Frédérique GRANET-LAMBRECHT, « Le droit à l'identité », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD,

Dans ce contexte, il est important de comprendre comment se fabrique l'unité juridique de l'identité de la personne et voir sur quoi elle repose. L'unité est une forme juridique (Section I). Une forme dont la fonction essentielle est de permettre un universalisme (Section II).

Section I

L'unité de la personne comme forme

L'identité juridique d'une personne humaine se construit au regard de son environnement, au sein duquel elle doit pouvoir être individualisée, différenciée de n'importe quelle autre personne. La notion d'identité sociale est à la fois essentielle et leurrante car elle se réfère surtout à la forme. Qu'est-ce que la forme ? C'est le cadre, la façade, l'apparence, l'organisation des contours, c'est la personne telle qu'elle se présente vis-à-vis des autres personnes. Cette forme est souvent opposée au contenu, à la matière, au fond, et paradoxalement elle peut être considérée comme ce qu'il est de plus essentiel : c'est le premier élément visible que l'on montre de soi, que l'on expose au monde, c'est ce à quoi l'on ressemble, et à quoi l'on est juridiquement identifié, c'est ce qui permet qu'une personne soit reconnue par la société avec laquelle elle est en permanente interaction. La forme de la personne humaine est une figure de ce qu'elle est, offerte au regard de son environnement social.

Appréhender la personne humaine en société, c'est lui attribuer une identité qui permet de la reconnaître, de distinguer son existence unique parmi celles de toutes les autres personnes, de la nommer et de l'enregistrer en fonction de caractères donnés, prédéfinis. Très tôt, le contrôle¹¹²⁸ de ces éléments a été le souci des autorités¹¹²⁹. Or la manière dont le droit, identifie

Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Quadrige, Dicos poche, 2008, pp. 497-499.

¹¹²⁸ La création des identités formelles concerne en effet les thématiques judiciaires (v. Ilsen ABOUT, « Les fondations d'un système national d'identification policière en France, 1893-1914. Anthropométrie, signalements et fichiers », *Genèses*, n°54, 2004, pp. 28-52), politique et sociale (v. Marina AVANZA et Gilles LAFERTE, « Dépasser la « construction des identités » ? Identification, image sociale, appartenance », *Genèses*, n°61, pp. 154-167).

¹¹²⁹ Le développement de la puissance publique a favorisé la juridicisation de l'identité des personnes, in Jean-Louis THIREAU, « L'identité des personnes : perspectives historiques », in Jacques Chevallier, *L'identité politique*, PUF, 1994, 445 p.

les personnes humaines comme unités formelles est ambivalente : d'une part il les individualise (I), et d'autre part il les uniformise (II) puisque l'identité est aussi ce qui rassemble les identiques pour former un collectif.

I. L'individuation

Le droit individualise les personnes par un système de fichage de données personnelles (A), en fonction d'un principe d'individuation selon lequel « deux choses individuelles ne sauraient être parfaitement semblables »¹¹³⁰, et qui permet d'identifier chacune d'entre elles très succinctement (B).

A. Un fichage de données formelles

« Callias est, tout comme Socrate, un homme, mais il n'est pas le même homme que Socrate »¹¹³¹. Il faut donc un principe d'individuation des personnes humaines. On ne peut d'ailleurs se passer d'identité sociale sous peine de n'avoir tout simplement pas d'existence. Pour construire l'identité, le droit individualise et différencie les personnes humaines les unes des autres grâce à leur apparence, à ce qu'elles donnent à voir. Il les pense par images. Cette conception juridique s'inspire principalement de la philosophie kantienne pour laquelle la forme est constituée par « les lois de la pensée qui établissent, entre les données multiples des sens, des rapports permettant de les percevoir et de les comprendre »¹¹³² : l'espace est la forme du sens externe, il participe de la sensibilité. Une partie de la philosophie des lumières conçoit la personne comme un tout indivisible, comme une unité, mais surtout comme une forme. Cette « théorie de la forme » dite « *gestalttheorie* », ou gestaltisme¹¹³³, est d'abord psychologique ;

¹¹³⁰ Cf. Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, « Préface », in *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, Garnier-Flammarion, 1966, II, chap. XXVII, p. 41.

¹¹³¹ Vincent DESCOMBES, « Philosophie de l'identité », in Jean GAYON, *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, p. 21.

¹¹³² André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 371.

¹¹³³ Le gestaltisme s'origine dans l'œuvre de Goethe, cette théorie avance que les processus de perception et de représentation mentale envisagent d'emblée les phénomènes comme des formes globales, plus ou moins structurées, plutôt que comme l'addition ou la juxtaposition d'éléments simples. Le terme allemand *gestalt* est traduit par « forme », mais se rapporte en réalité à quelque chose de considérablement plus complexe, et difficile à traduire dans une autre langue, c'est pourquoi le mot « gestalt » est conservé dans toutes les langues pour évoquer la théorie des formes. Le verbe *gestalten* peut être traduit par l'expression « mettre en forme, donner une structure signifiante », ce qui ramène

elle s'élargit philosophiquement en considérant les phénomènes comme des ensembles, constituant eux-mêmes des unités autonomes, manifestant une solidarité interne, et pourvus de lois propres. La manière d'être de chaque élément dépend de la structure de l'ensemble et des lois qui le régissent. Ainsi nos perceptions formelles sont fonction d'un certain nombre de ces lois, et de stimuli extérieurs. L'individu est « site de l'articulation de la société et de la psyché individuelle »¹¹³⁴, et acteur qui s'inscrit dans des relations sociales qu'il investit sous différentes formes. Michel Benasayag attribue à la modernité le phénomène de création d'une certaine forme d'individu, comme « l'atome sérialisé qui détermine la base d'une culture »¹¹³⁵ : un individu qui se fabrique une identité en intégrant des symboles donnés par son environnement culturel et « fonctionne comme une image totalisante et totalisatrice donc rapportée à un tout, dont il est partie »¹¹³⁶.

À la finitude de la vie organique et viscérale se superpose donc le monde sans limite des formes¹¹³⁷, qui permet qu'émergent les fictions propices à l'imagination juridique. Et c'est pourquoi, dans une visée identitaire et sociale, le droit s'intéresse plus à la forme des gens qu'à leur pensée et encore moins, comme dans certaines communautés, au religieux¹¹³⁸ ou à la notion d'ethnie ou de tribu. Le fait que la représentation juridique des personnes soit ou non en congruence par rapport à qui elles sont en réalité importe *relativement* peu¹¹³⁹ : un certain

naturellement au vocabulaire psychanalytique. Le résultat, la *gestalt* peut être compris comme une forme structurée, complète et empreinte de sens. Un exemple clair peut en être une simple table, dont la signification varie selon qu'elle est couverte de livres ou bien d'assiettes et de plats (dans ce cas sa « *gestalt* » globale est différente) : elle est soit un lieu de travail, soit un lieu de repas. Dès la naissance, la première « forme » importante que nous reconnaissons est une *gestalt* : c'est le visage de la mère, du père, ou de la personne qui a accouché la mère. Le nouveau-né n'en perçoit pas encore les détails, mais la forme globale est « signifiante » pour lui. Ainsi, une totalité perçue ne peut se réduire à une simple somme de stimuli. Une symphonie par exemple n'est pas seulement une succession de notes. Le tout est donc autre chose qu'une somme de parties : c'est l'un des principes fondamentaux de la théorie de la *gestalt*. La *gestalt* s'oppose à l'individualisme en ce qu'elle estime que la Nation, la société, le groupe, la culture sont des entités qui ont une emprise sur la personne individuelle au point de primer sur elle.

¹¹³⁴ Marc AUGÉ, cité par Lionel OBADIA, « Normativité contrastive de l'identité moderne ? Approche critique et pragmatique de l'ontologie de la subjectivisation contemporaine », in Géraldine AÏDAN et Émilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2013, p. 251.

¹¹³⁵ Michel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, op. cit., p. 17.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ Alain SUPLOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, pp. 37-38.

¹¹³⁸ Exclusion qui n'empêche cependant pas un certain dogmatisme juridique et politique.

¹¹³⁹ Ce qui importe c'est la conformité *vraisemblable* de l'apparence à l'identité juridique. Quand la forme, l'apparence est contraire à la réalité juridique, la théorie générale de l'apparence peut donner un

nombre d'éléments physiques et de comportements visibles sont retenus par le droit et sont créateurs de droits, ces éléments sont précisés, énoncés, répertoriés sur différents documents officiels - chacun pourvu d'une fonctionnalité propre - par une série de mentions qui revêtent une valeur juridique. Ces documents qui collent à la peau sont imprimés ou gravés sur des supports concrets de plus en plus « sécurisés »¹¹⁴⁰, « infalsifiables » confiés à leurs détenteurs¹¹⁴¹ comme autant d'attributs rigoureusement personnels, à la manière d'emblèmes

effet à la situation apparente en ce qu'elle est l'expression d'une représentation individuelle : « Dans de nombreux domaines du droit, la doctrine est plutôt favorable aux effets de l'apparence, moyen d'adoucir l'effet des normes juridiques, procédé d'adaptation du droit aux réalités matérielles, facteur d'équité. Loin d'être un facteur de désagrégation du droit, le jeu de l'apparence favoriserait le bon fonctionnement de l'ordre juridique par la sauvegarde de la confiance sans laquelle des mécanismes pourraient se paralyser. Cette quasi - unanimité de la doctrine en faveur de la reconnaissance des effets de l'apparence erronée s'inscrivant dans une *théorie générale de l'apparence* cache en réalité des positions extrêmement diverses quant au contenu, aux effets, à l'autonomie, à la nature juridique, et au fondement de cette « théorie » (...), car il suffit qu'il y ait un seul cas rebelle au jeu de l'apparence pour que la fluidité juridique recherchée par ce mécanisme se grippe en son entier. Comme la sécurité qu'elle a pour but d'assurer, la théorie de l'apparence ne peut pas se diviser, elle est ou n'est pas », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 73-74.

¹¹⁴⁰ La carte nationale d'identité, par exemple, est sécurisée par différentes particularités telles qu'un fil de sécurité avec la mention « RÉPUBLIQUE FRANÇAISE », un dessin, des fibres visibles seulement à la lumière ultraviolette, un filigrane, des traces de terres rares, et un guilloché. Une bande de codage dit « MRZ » (Machine Readable Zone) de 36 caractères permet une lecture optique, et un contrôle d'un grand nombre d'informations personnelles vérifiées au franchissement des frontières de l'espace Schengen depuis les gares et les aéroports menant vers des pays qui admettent ce document pour l'entrée sur leur territoire. Certaines entreprises, et les banques peuvent lire les informations que comporte cette bande MRZ, elles sont comparées localement par un algorithme, puis au sein des bases de données du Système d'information Schengen et d'Interpol, ou parmi les fichiers interbancaires.

¹¹⁴¹ Une note en avant dernière page du passeport indique qu'il est la propriété de l'État français.

d'identité sociale¹¹⁴² : carte d'identité¹¹⁴³, passeport biométrique¹¹⁴⁴, livret de famille, carte de sécurité sociale, permis de conduire et autres pièces dont la possession est requise dans

¹¹⁴² Au cours de l'Antiquité et du Moyen-Âge, l'identification des personnes est essentiellement instituée par la « reconnaissance interpersonnelle ». Une des plus anciennes références à un titre d'identité est évoquée dans le Livre de Néhémie : un officiel servant le roi Artaxerxés de Perse en 450 av. J.-C., demanda la permission de voyager en Judée. Le roi lui remit une lettre à l'attention des « gouverneurs de la province par-delà la rivière » afin qu'ils le laissent passer à travers leurs territoires. Au fil des siècles, le principe perdurera, toute personne franchissant une barrière, devant disposer d'un laissez-passer.

¹¹⁴³ En 1917, la carte d'identité est obligatoire pour les étrangers, mais quand la préfecture de police tente de l'imposer à tous les citoyens, des syndicats et des intellectuels protestent ; le port de ce titre d'identité ne deviendra obligatoire que sous le régime de Vichy, avec la loi du 27 octobre 1940. Au cours de la seconde guerre mondiale, elle est un enjeu majeur pour la Résistance, le maréchal Pétain décrète que « tout Français de l'un ou de l'autre sexe, âgé de plus de seize ans, ne peut (désormais) justifier de son identité (...) que par la production d'une carte d'identité, dite « carte d'identité de Français ». Dès 1942 la mention « juif » doit y figurer le cas échéant, et à partir de 1943, elle intègre un numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques. Les faux papiers deviennent une industrie de guerre à laquelle ont recours toutes les personnes pourchassées. Après la guerre, la loi de Vichy est amendée et la carte d'identité redevient non obligatoire, en vertu du décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 qui instaure une « carte nationale certifiant l'identité de son titulaire avec une durée de validité de dix ans ». Aujourd'hui, la carte nationale d'identité est un document officiel d'identification pour les citoyens français, sans condition d'âge ; elle est gratuite mais son remplacement nécessite un timbre fiscal de 25 €. Elle est valable quinze ans pour les majeurs et dix ans pour les mineurs, et même périmée, elle permet de prouver son identité si la photo est ressemblante. Délivrée en mairies, préfectures et consulats, non obligatoire (depuis le décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955), elle reste aux yeux de l'administration le premier justificatif de l'identité d'une personne. Depuis le 19 mars 1987, elle consiste en un document « sécurisé », rigide, plastifié, qui permet aux ressortissants des pays ayant ratifié l'accord européen du 13 décembre 1957 sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe, de circuler sur le territoire des pays signataires (y compris certains pays ne faisant pas partie du Conseil de l'Europe, comme le Liechtenstein, la Suisse, la Norvège et l'Islande). Toutes les cartes d'identités nationales sont fichées, elles ne sont délivrées qu'après vérification du fichier des personnes recherchées.

¹¹⁴⁴ Le passeport s'origine très anciennement à partir des termes de « passe » et « port » ; au 14^{ème} siècle, il sert à la libre circulation des marchandises, puis au 15^{ème} siècle aux voyageurs. Le mot ne serait pas en lien avec les ports marins, mais proviendrait du document requis pour passer les *portes* des villes fortifiées de l'époque médiévale. A partir de l'Ancien régime, des certificats servent à réglementer la circulation des personnes, cette invention liée à la peste de Marseille, ayant été généralisée. En 1716 Claude Le Blanc instaure un registre des soldats pour limiter la désertion. Le fait de ne disposer d'aucun « passe-port » ou sauf-conduit est qualifié de vagabondage et puni. Les passeports sont abolis à la Révolution, au nom de la liberté de circulation énoncée par la Constitution de 1791, puis rapidement rétablis et rendus obligatoires, du moins en droit, par la loi des 1^{er} février et 28 mars 1792, après la tentative de fuite du Roi à Varennes. Le décret du 7 décembre 1792 promulgué par la Convention nationale donne à l'administration le pouvoir de refuser l'émission d'un passeport. Pendant quelques décennies, il est nécessaire de disposer d'un « passeport à l'étranger », ou d'un « passeport à l'intérieur » ; ce dernier sera abandonné, alors que tout au long du 19^{ème} siècle, le livret ouvrier est de rigueur. La loi du 16 juillet 1912 sur les nomades oblige ceux-ci à être munis d'un carnet anthropométrique (l'art. 8 du décret d'application de 1913 précise qu'il doit indiquer « notamment la hauteur de la taille, celle du buste, l'envergure, la longueur et la largeur de la tête, le diamètre bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur des doigts médus et auriculaires gauches, celle de la coudée gauche, celle du pied gauche, la couleur des yeux : des cases sont réservées pour les

différentes situations. Ces « papiers », ces documents d'identification nous emprisonnent, ils jouent un rôle décisif dans les efforts déployés par l'État pour générer et maintenir son étreinte sur les individus et utiliser cette étreinte pour s'arroger le contrôle des identités, des actes et des déplacements à travers les « espaces juridictionnels »¹¹⁴⁵. Globalement, ces supports « fichent »¹¹⁴⁶ les personnes à partir de données spécifiques, telles que prénoms et noms, sexe (en les classant d'emblée du côté féminin ou du côté masculin, en fonction de la dichotomie arbitraire opérée par le droit positif, et non par la nature comme l'affirme Jean Carbonnier¹¹⁴⁷), taille, date et lieu de naissance, photographie du visage, coordonnées de situation dans l'espace, c'est-à-dire lieu de domicile ou de résidence, nationalité avec code du pays afférent, signature¹¹⁴⁸ et prise d'empreinte de quatre doigts de la main, date de délivrance et d'expiration du titre. Le livret de famille qui indique ascendance et descendance, constitue un épisode

empreintes digitales et pour les deux photographies (profil et face) ». Dès 2001, le passeport optique dit « Delphine » (de « délivrance de passeport à haute intégrité de sécurité ») est mis en place. Il est remplacé à partir du 26 octobre 2006 (suite au décret du 30 décembre 2005) par le passeport électronique qui répertorie nom, date de naissance, nationalité, photo, et comporte un numéro personnel. Une puce électronique et une radio-étiquette sont amalgamées à la couverture, ce qui permet une lecture à courte distance par un lecteur électromagnétique. Le passeport biométrique est inauguré en juin 2009, valable dix ans pour les majeurs, cinq ans pour les mineurs, toujours lié à l'application Delphine, comme premier fichier national biométrique utilisé à des fins administratives, il intègre dans sa puce la photo d'identité numérisée et deux empreintes digitales du porteur. Ces passeports délivrés par les préfetures, les consultas et les mairies ont un coût, 86 € pour un majeur, 42 € pour un mineur, mais toute modification ultérieure d'un passeport valide est gratuite : changement d'état civil, d'adresse, rectification d'erreur, etc. Au regard de différents textes (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Pacte international relatif aux droits civils et politiques), le Conseil d'État considère que « la liberté d'aller et de venir n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter. Il en découle que l'autorité administrative ne peut refuser un passeport que si les déplacements à l'étranger de celui qui le demande sont de nature à compromettre la sécurité nationale ou la sûreté publique », et il considère également, en cas de refus de délivrance d'un passeport que l'inscription d'une personne au fichier des personnes recherchées est légale ; cette absence d'inscription est d'ailleurs systématiquement vérifiée. Le système international harmonisé des passeports est aujourd'hui un instrument de contrôle essentiel à la souveraineté étatique.

¹¹⁴⁵ John TORPEY, *L'invention du passeport*, Belin, Socio-Histoires, 2005, pp. 199-209.

¹¹⁴⁶ En fonction de législations « informatique et libertés », un certain nombre de renseignements sur les personnes de différentes catégories sociales sont recueillis et sauvegardés sur des supports numériques, depuis des données administratives les plus « ordinaires » aux prélèvements ADN, dans des optiques commerciales, ou à fin de surveillance pour ces derniers, posant de façon de plus en plus prégnante des questions de protection de la vie privée et de respect des libertés fondamentales.

¹¹⁴⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil – I/ Les personnes – Personnalité, incapacités, personnes morales*, 21^{ème} éd., PUF, Thémis droit privé, 2000, p. 57.

¹¹⁴⁸ V. Béatrice FRAENKEL, *La signature : genèse d'un signe*, Gallimard, Nrf, 1992, 336 p.

généalogique, une trace de filiation, un « condensé » originaire très succinct¹¹⁴⁹. Tous ces renseignements sont enregistrés par l'administration et matérialisés comme des synthèses portatives et symboliques des éléments civils de l'identité. Autant de signifiants qui structurent chaque personne et qui peuvent, ainsi que l'explique Emmanuel Jeuland, « avoir une influence sur un destin de manière inconsciente. Ainsi, on ne compte plus les Messieurs Boulanger devenus boulangers ou meuniers »¹¹⁵⁰. L'institution légale offre au travers de ces inscriptions « une fonction sociale et une identité auxquels le moi peut croire »¹¹⁵¹, car nous avons besoin de la « confirmation habilitante de l'autre »¹¹⁵². Par ailleurs, les actes d'état civil retracent par différentes mentions l'existence des personnes situées dans un état de famille, comme des maillons de chaînes générationnelles à travers le temps¹¹⁵³.

Le droit civil détient donc « les clés » de l'individualisation formelle des personnes, et il en tire des conclusions juridiques de portée générale. L'institution administrative émet des règles

¹¹⁴⁹ Le livret de famille est inventé en 1877, suite à la destruction totale de l'état civil parisien lors des incendies de la Commune de Paris, en 1871. Jules Simon, alors président du Conseil et ministre de l'intérieur précise par circulaire que « les livrets de famille constitueront en quelque sorte un troisième dépôt des actes d'état civil confié à la garde des intéressés et seront une source de renseignement précieux pour le cas où les registres viendraient à être détruits ». La délivrance du livret de famille est prise en charge par les mairies ; il recueille des extraits d'actes d'état civil relatifs à la famille fondée par mariage, ou lors de la naissance du premier enfant pour un couple non marié. Il est complété au fur et à mesure des étapes de la vie, quand d'autres enfants naissent, ou lors de la séparation de corps, du divorce ou du décès. En 1974 coexistaient trois livrets différents, celui des époux, celui des pères et mère naturels, et celui de famille naturelle. Depuis le 1^{er} juillet 2006, ils sont remplacés par un livret unique qui mentionne les extraits d'actes de naissance des enfants de mêmes père et mère ; la naissance d'un enfant avec un partenaire différent, occasionnant la création d'un nouveau livret. L'avènement du mariage pour personnes de même sexe a engendré des modifications de termes au sein des livrets, fixées par le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile : les appellations de père et mère deviennent « parent ».

¹¹⁵⁰ Emmanuel JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 92. Beaucoup de noms traduisent aussi des corps, Delblond, Leblanc, Legrand, Legros, etc.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 96. L'auteur indique que « Nous donnons souvent de nous-même une image idéalisée d'autonomie et de liberté. L'Autre est d'abord pour l'enfant le père, en tant que représentant de la loi et le lieu à partir duquel le langage est reçu. Puis les parents perdent de leur influence et l'Autre devient la communauté ou l'État, la place de l'ordre social et des règles de discours que nous internalisons », Emmanuel Jeuland fait référence à David S. CAUDILL, *Lacan and the Subject of Law, Toward a Psychoanalytical Critical Legal Theory*, Humanities Press, New Jersey, 1997, p. 33.

¹¹⁵² Cf. Peter GABEL, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *op. cit.*, pp. 379-400.

¹¹⁵³ Emmanuel Jeuland écrit qu'il existe « des familles marquées par une date qui n'est qu'un signifiant sans signifié connu (par exemple, dans une famille donnée, depuis trois générations, au moins un enfant par génération naît le 10 décembre) », *ibid.*, p. 92.

techniques d'individuation et d'individualisation des gens, elle cultive des obligations claires et distinctes, elle enregistre des paramètres qu'elle exige précis, liés à des fragments épars de morphologie, elle propose même, via un formulaire de demande de passeport, de choisir, parmi une liste quasiment exhaustive de couleurs, la teinte particulière des iris de chacun.

Juridiquement c'est la photographie du visage qui importe, la personne est identifiée par des traits faciaux, alors que dans le réel, les personnes humaines se différencient physiquement les unes des autres par une myriade d'autres particularités, par l'entièreté de leur morphologie qui n'a rien de stable, par leur physionomie, leur musculature, leur ossature, leur peau et même leur voix, toutes aussi variables. Le visage photographié est une part isolée et importante de l'individualisation juridique. Ce portrait est la part « acceptée », la part émergente d'un tout, d'un ensemble beaucoup plus large de caractéristiques que l'identification juridique « de base » ignore, sauf en cas de recherche pénale qui peut recalibrer l'ensemble des réquisitions nécessaires et recourir à d'autres procédés et à d'autres sciences - la biologie, le profilage, l'informatique, la psychologie, l'anthropologie sociale et culturelle - pour déployer l'éventail des paramètres identitaires possibles admis comme preuves par le droit, et élargir la représentation succincte initialement recueillie.

B. Une représentation succincte

La représentation normalisée de l'identité d'une personne permet de situer celle-ci de façon pratique et symbolique, d'interpréter qui elle est au sein d'un groupe social¹¹⁵⁴. Les documents d'identité déclarent unique une personne identifiable à travers certaines caractéristiques qui lui sont propres et la rendent différente de toutes les autres¹¹⁵⁵. Ils lui permettent de répondre de son identité. Benoît n'est pas Pierre, Pierre n'est pas Michel. Si Benoît est victime d'un accident, on identifiera son corps, on saura que c'est Benoît et non pas Pierre qui est mort, ni Michel. L'identité civile purement formelle, telle qu'elle est déclinée au tribunal ou devant une institution, telle qu'elle est inscrite sur nos divers documents d'identité, individualise superficiellement, et ce faisant, elle fige tout ce « qui est mobile et fluide dans des

¹¹⁵⁴ V. Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1999, pp. 7-26.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

représentations d'emblée déformantes »¹¹⁵⁶, elle éclipse une large part du réel de la forme humaine, comme les incidences de l'identité génétique unique, et la vaste part de soi construite par l'expérience. Chaque personne humaine porte en elle une combinaison unique des deux séries de chromosomes parentaux, laquelle peut comporter des mutations génétiques qui la singularisent d'autant plus au cœur d'un fourmillement de congénères. La diversité somatique est infinie. Petits, grands, longilignes, brévilignes, efflanqués, rachitiques, corpulents, obèses, poilus, chevelus, droits, bossus, tordus, chauves, différemment pigmentés, strabiques, myopes, malformés, jumeaux ... selon l'hérédité, la variation des habitudes de vie, des activités pratiquées, du type et de la quantité de nourriture absorbée en fonction des moyens, des modes ou des tabous, des progrès de la biomédecine ... Sans compter que depuis la préhistoire, le principe d'exogamie, l'interdit de l'inceste, les migrations, et même les guerres, les viols, les rapt de femmes, les abus commis sur les esclaves, les adultères et les amours clandestines ont favorisé les brassages génétiques, la prodigieuse plasticité de la diversification humaine, visible à l'œil nu.

Le droit appréhende l'unicité humaine par le système de l'individualisation juridique qui conduit à ce que les documents officiels qui établissent l'identité sociale soient restreints à une élaboration matérielle sommaire, plus ou moins figée, parfois inexacte ou inappropriée. La représentation d'une personne la fait exister via un support qui consiste en un morceau de papier, de carton ou de plastique, un code chiffré, une puce électronique, une bande magnétique, que cette personne soit effectivement présente ou absente, et même si cette présence symbolique est décalée, même si cette image mentale est une traduction arbitraire, une image appauvrie et partielle de la réalité, elle est porteuse d'éléments « utiles » de spécification¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁶ Cf. Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

¹¹⁵⁷ Michel Serres écrit que « la mise au point d'un logiciel idoine pour un passeport virtuel et valable pour toutes les données personnelles et publiables peut demander quelques mois, pas plus. Il faudra bien un jour placer sur un nouvel et unique support l'ensemble de ces données. Pour le moment, il se partage en diverses cartes dont l'individu partage la propriété avec plusieurs institutions, privées ou publiques. Petite Poucette – individu, client, citoyen – laissera-t-elle indéfiniment l'État, les banques, les grands magasins ... s'approprier ses données propres, d'autant qu'elles deviennent aujourd'hui une source de richesse ? Voilà un problème politique, moral et juridique dont les solutions transforment notre horizon historique et culturel. Il peut en résulter un regroupement des partages sociopolitiques par l'avènement d'un cinquième pouvoir, celui des données, indépendant des quatre autres, législatif, exécutif, judiciaire et médiatique. Quel nom Petite Poucette imprimera-t-elle sur son passeport ? (...). Les anciens Égyptiens distinguaient, dit-on, le corps humain de son âme, comme nous, mais ajoutaient à cette dualité un double, Ka. Certes, nous savons reproduire le corps, dehors, par science, écrans et formules ; et

Identifier les personnes comme formes nécessite une faculté de les penser, de les représenter de manière concrète, de les organiser en fonction de caractéristiques spécifiques, de catégories prédéterminées qui deviennent la mesure de toute chose humaine. Eve, Brune et Clémentine ont en commun d'être des femmes, elles peuvent même revendiquer leur identité féminine. Au sens juridique, le préfixe « *re* » du mot représenter signifie que l'on rend une chose ou une personne présente, elle est en quelque sorte « dupliquée » là où sa présence est requise, mais où elle n'est pas. La représentation est donc la répétition imparfaite, extérieure, d'une présence primitive et réelle¹¹⁵⁸, et elle n'a en elle-même pas besoin d'être prouvée. D'où le sens de se représenter une personne ou une chose en l'imaginant, en la figurant, ce qui crée un passage vers le sens philosophique et psychique du terme de représentation. L'idée que la personne humaine sensible puisse être représentée avec précision par un titre juridique d'identité, semble, au regard de la complexité du réel, ressortir de l'utopie, cette représentation ne pouvant en effet représenter avec exactitude, au sens de « correspondre à » ; l'individualisation est effective à travers un outil très sommaire de reproduction formelle et symbolique de soi. À fin d'identification et d'individualisation, seule une infime partie de chaque personne physique est représentée, au milieu d'un monde de personnes physiques innombrables.

À travers un titre d'identité, une personne est aussi présentée, elle « fait voir » qui elle est en fonction de paramètres qu'elle ne choisit pas. L'identification juridique attire particulièrement l'attention sur certaines idées et considérations utiles qui permettent de se figurer une personne. Elle mène à présenter à la société, aux institutions, d'une manière actuelle et concrète, l'image brute de *quelque chose* d'autre impossible à percevoir directement, d'imaginer son abstraction

décrire l'âme intime, en *Confessions*, comme Rousseau – combien de signes ? Puis-je de même reproduire mon double, accessible et publiable bien qu'indéfini et secret ? Il suffit de la coder. En généralisant à toutes les données possibles, intimes, personnelles et sociales, la carte Vitale, par exemple, inventons un ka, passeport universel codé : ouvert et fermé, double clic et secret sans contradiction. Quoi de moins étrange ? Quoique j'essaie de penser par moi-même, je parle en langue commune. Cet *ego* peut, en âme et conscience, doucement se confesser, mais aussi se glisser, en matière plastique dure, dans la poche. Sujet, oui ; objet, oui ; double donc, encore. Double comme un patient, douloureux singulièrement, mais offert, comme un paysage, au regard médical. Double, compétent, incompétent ... double comme un citoyen, public et privé », in Michel SERRES, *Petite Poucette*, Editions de Noyelles, Manifestes le Pommier, 2012, p.73 et pp. 80-81.

¹¹⁵⁸ V. « Représentation », in André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 922.

à partir d'une forme concrète, à peu près actuelle. Et chaque titre, à la manière de la monade de Leibniz¹¹⁵⁹, à l'échelle d'une personne « représente tout l'univers, elle représente plus distinctement le corps qui lui est affecté particulièrement »¹¹⁶⁰.

Le parallélisme perspectif apparaît entre le signifiant psychanalytique et la forme juridique. Juridiquement on construit des formes fictivement adossées à la réalité, à partir desquelles on élabore des règles. Psychanalytiquement, ce procédé renvoie au signifiant - fondamental dans la théorie lacanienne - en tant que représentation mentale de formes, aspect matériel de signes, composante consciente ou inconsciente du langage qui apparaît dans ses expressions très diverses. Si l'on s'attache à la seule représentation des gens, on s'intéresse inconsciemment uniquement à leur « signifiant », et leur « signifié » en est séparé. La représentation visuelle qui dérive de la vision d'une personne est en effet en lien avec l'inconscient ; elle consiste selon Freud en « un investissement, sinon d'images mnésiques directes de la chose, du moins en celui de traces mnésiques plus éloignées ; dérivées de celle-ci »¹¹⁶¹. « Les deux mots représentation et chose d'abord distingués, viennent se confondre en un troisième, « le phénomène »¹¹⁶² explique Charles Renouvier, et il considère, comme Emmanuel Kant, que notre connaissance ne peut dépasser les phénomènes.

Le droit ne prend donc en compte qu'une mince partie de la forme pour concevoir la personne comme unité et en même temps comme unicité. Naturellement, il y a bien une unité, mais elle est générique, elle est en-deçà et au-delà des compartimentations, même le patrimoine héréditaire d'espèce est commun et assure l'entière des autres caractères. Les personnes humaines sont juridiquement identifiées en tant qu'individus singuliers, uniques, et paradoxalement, cette identification les uniformise.

¹¹⁵⁹ Gottfried Wilhelm Leibniz avance que « Dieu en réglant le tout, a eu égard à chaque partie et particulièrement à chaque monade, dont la nature étant représentative, rien ne saurait borner à ne représenter qu'une partie des choses ; quoiqu'il soit vrai que cette représentation n'est que confuse dans le détail de tout l'univers et ne peut être distincte que dans une petite partie des choses », in Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, *Opuscules et fragments inédits, Monadologie*, § 60, Couturat, p. 385.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, § 62.

¹¹⁶¹ V. « Représentation », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 414.

¹¹⁶² Gabriel SÉAILLES, *La philosophie de Charles Renouvier : introduction à l'étude du néo-criticisme*, Hachette, Philosophie, 2013, 448 p.

II. L'uniformisation

Le droit, pour saisir les identités personnelles comme des unités formelles semblables dans un mouvement d'assimilation et d'identification aux autres, au sein du système social, forge de l'identique : à la fois il instaure une analogie par l'image (A), et il occulte les noms par les nombres (B).

A. L'analogie par l'image

L'uniforme se rapporte à des entités - êtres ou choses - dont la forme est identique, et qui par extension, se ressemblent particulièrement du fait de caractéristiques extérieures. L'action d'uniformiser consiste donc en le fait d'unifier les formes de façon à euphémiser ce qui les différencie¹¹⁶³, pour pouvoir les « cataloguer », quelles que soient leurs déterminations singulières, leurs richesses intrinsèques. Notre culture juridique qui nous amène à considérer les personnes humaines comme les « particules élémentaires » de la société, unes et uniques, tend aussi à les envisager comme des êtres « identiques » les uns par rapport aux autres, sous certains rapports, un peu comme des unités de compte, nécessairement égaux, dans le sens d'équivalents et sans distinction, ainsi que le proclame la devise nationale « liberté, égalité, fraternité », même si cette assertion demeure un idéal. Le principe d'égalité réelle rejoint celui d'égalité formelle, et crée une tension entre deux aspects du concept d'identité : nous sommes tous différents mais également tous semblables.

Dans cet esprit, les institutions administratives qui participent de l'identité sociale¹¹⁶⁴ des personnes humaines sous ses multiples formes, émettent différents titres identitaires, pour certains indispensables, et à cette fin, se réfèrent à des grilles normatives, à des règles incontournables et uniformisantes, qui, par exemple, spécifient expressément que ces mêmes

¹¹⁶³ Sur ce processus d'euphémisation, v. Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, PUF - Cahiers du CURAPP, 1989, p. 252 à 285 ; v. aussi Mathieu DOAT, « L'ordre du discours », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, juin 2009, pp. 287-290.

¹¹⁶⁴ De l'uniformisation de l'identité sociale : v. sur ce point la thèse de Didier GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004, 744 p.

personnes, lorsqu'elle sollicitent l'émission de documents « importants » nécessitant une photographie faciale, soient absolument inexpressives, qu'elles n'arborent aucune humeur (ni sourire, ni larme, ni grimace), que leurs cheveux longs ou indisciplinés soient maintenus attachés en arrière du visage, toute mèche proscrite, tête nue du moindre couvre-chef¹¹⁶⁵ ou d'un quelconque ornement, que les verres de lunettes soient exempts de reflet, que les dents demeurent complètement invisibles et la bouche close. Rien ne doit dépasser. Rien ne doit émerger. Pas de sourcils froncés, aucun mouvement labial, nul pétilllement dans le regard. La photographie « officielle » est neutre, immobile, passive, sans la plus faible esquisse d'expression, sans caractéristique émergente, aussi figée et impersonnelle que possible. Pas question non plus de se ratatiner, la posture doit être droite, rigide, d'équerre. Quant à l'arrière-plan, il est uni, vide, sans ombre, sans nuance lumineuse, sans décor, sans trace de quoi que ce soit.

Cette règle, paradoxale au regard du fait qu'elle concerne l'établissement d'un document *personnel* d'identité, a conduit un haut fonctionnaire à la contester, mais le 29 septembre 2016, la cour administrative d'appel de Paris rejetait sa requête¹¹⁶⁶. Déjà débouté de son recours en excès de pouvoir de décembre 2014 par le tribunal administratif¹¹⁶⁷, le requérant n'avait pu admettre le rejet par la préfecture de sa demande de passeport en raison de sa photo d'identité sur laquelle il esquissait un léger sourire¹¹⁶⁸. Il considérait que la circulaire du 13 janvier 2010¹¹⁶⁹, préconisant que la personne photographiée ne sourie pas, n'ayant pas encore été publiée, n'était pas applicable. Il mettait en avant, non sans humour, que l'épineuse question de droit posée consistait en le fait de savoir si l'on peut sourire sur une photographie d'identité, « ou du moins ne pas faire la gueule »¹¹⁷⁰. Mais il n'obtint pas gain de cause, la circulaire d'interprétation ne rajoutant rien au droit, et se bornant à expliciter un arrêté en vigueur depuis

¹¹⁶⁵ Toléré uniquement pour motif religieux ou médical.

¹¹⁶⁶ CAA de Paris, 29 septembre 2016, arrêt n° 15PA00748.

¹¹⁶⁷ TA de Paris, 9 décembre 2014, jugement n° 1312514.

¹¹⁶⁸ Son avocat, Maître Boulet, plaida qu'ainsi que La Joconde, « on peut sourire avec une bouche fermée, tout en gardant un expression neutre », car « depuis plus de 500 ans, on se demande si elle sourit vraiment ». Il en appela même au philosophe Roland Barthes, qui faisait « du sourire le symbole du neutre ».

¹¹⁶⁹ Circulaire NOR IOCD1001580C du 13 janvier 2010 relative aux conditions de délivrance et de renouvellement des passeports.

¹¹⁷⁰ « Est-il responsable, dans une France dépressive, que les autorités reprochent leur sourire aux Français ? Sauf à souhaiter (qu'ils) continuent de faire la gueule sur leurs papiers d'identité, histoire de plomber un peu plus le moral de la Nation », interrogeait le plaignant frustré.

le 5 février 2009, selon lequel « l'intéressé doit adopter une expression neutre et avoir la bouche fermée »¹¹⁷¹. Les impassibles employés des administrations habilitées à délivrer des titres d'identité continuent donc de se référer, sans défaillance, à cette matrice uniformisante.

Cette exigence de neutralité formelle interroge, car en quoi serait-elle la marque d'une quelconque objectivité juridique dans la saisie de la subjectivité physique ? L'exigence paraît d'autant plus absurde qu'au regard de la durée de validité de nombre de ces documents officiels, elle se compte pour certains en de nombreuses années, et aucun miracle ne permet que des visages humains demeurent immuables. Vieillesse général, tassement, affaissement, plissement, maladies de peau, accidents, barbe et moustache, teintures de cheveux et coiffures multiples, dépigmentation cutanée, lentilles de contact colorées, chirurgies diverses, tatouages et maquillage faciaux, la liste est longue. La précision exigée lors de l'enregistrement des paramètres formels requis pour tel ou tel document d'identification semble tenir de l'absurde au regard de l'instabilité du physique humain ; quel enfant de 12 ans reste parfaitement reconnaissable quand il se transforme en homme barbu de 20 ans ? Alors en quoi l'humeur pose-t-elle une difficulté ?

L'explication est machinique, complètement automatique : un document de l'OACI, l'Organisation de l'Aviation Civile et Internationale - organisation dépendant des Nations unies, qui élabore des normes permettant la standardisation du transport aéronautique international - indique que « les poses et expressions sont connues pour fortement affecter les performances des systèmes de reconnaissance faciale automatisés, l'expression doit être neutre et sans sourire, avec les deux yeux ouverts et la bouche fermée »¹¹⁷². Les scanners détecteurs de fraudes à l'identité sont troublés par un simple sourire, qui altère la position et même la structure des yeux et du nez, points essentiels à la caractérisation du visage¹¹⁷³. Ainsi le strict impératif de

¹¹⁷¹ Les photographies prises à fin d'obtention d'un titre d'identité doivent être conformes aux spécifications arrêtées sur le fondement de l'article 2 (c) du règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004, les demandeurs doivent « avoir une expression neutre et avoir la bouche fermée ».

¹¹⁷² V. l'article 2 (c) du règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004.

¹¹⁷³ La technologie de la reconnaissance faciale est très controversée : en janvier 2020, un américain noir, Robert Williams, a passé 30 heures en détention, arrêté chez lui, menotté devant sa femme et ses deux filles, à cause de l'erreur d'un logiciel de reconnaissance faciale utilisé par la police sans cadre légal fédéral, et qui avait repéré comme identiques la photo de son permis de conduire et la photo d'un voleur de montres. Devant la police, l'homme avait positionné la photo du suspect près de son visage, et dit : « j'espère que vous ne pensez pas que tous les hommes noirs se ressemblent ». L'un des policiers

surveillance et les contrôles imposés par les autorités prévalent sur la banale liberté de sourire ; la peur institutionnelle du désordre pose un interdit : pas d'émotion visible¹¹⁷⁴, pas de sentiment affiché, inutile de palabrer.

Depuis des décennies, depuis des siècles, le droit, très attaché à la forme¹¹⁷⁵, lisse et unifie, il fabrique de l'unité, et à cette fin, il pense les personnes de la même manière, par la forme, il les caractérise par des séries de mentions identiques, il ne va pas au-delà. Il ne s'intéresse pas au contenu, à ce que sont les gens, seulement à ce dont ils ont l'air, à ce qu'ils donnent à voir de façon éphémère et superficielle, à ce que signifie ponctuellement leur apparence selon des critères impersonnels, mécaniques. Cette uniformisation est en lien avec une certaine rationalité technique calculatrice des identités humaines, qui conduit à un maniement comptable des noms par les nombres¹¹⁷⁶.

B. L'occultation du nom par le nombre¹¹⁷⁷

À l'ère de tous les progrès techniques, toujours dans un esprit d'uniformisation et d'optimisation de la gestion identitaire des individus au sein des populations, les procédés descriptifs du droit civil sont concurrencés par l'émergence des nombres. Pour élaborer des pactes et des lois, les juristes et les politiciens calculent, comptent, additionnent, soustraient, ils tiennent compte de circonstances, de conjonctures¹¹⁷⁸. On trouve les nombres partout, ils répertorient les personnes, ils les situent dans l'espace et le temps. À commencer par le nombre qui nous protège, celui qui nous permet de prendre soin de nous et auquel on « adhère » au sens

a répondu « l'ordinateur a dû se tromper ». Le taux d'erreur pour ces logiciels d'identification serait de 35% pour les personnes noires. Plusieurs entreprises, comme Amazon, IBM ou Microsoft, ont suspendu leur vente, *in Le Monde*, avec AFP, 24 juin 2020.

¹¹⁷⁴ Sur cette méfiance de l'émotion, v. Emmanuel JEULAND, « Le juge et l'émotion », 11 juin 2019, consultable sur HAL. V. aussi les *Mélanges en l'honneur de Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, 580 p.

¹¹⁷⁵ V. la thèse de Sébastien SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, LGDJ, 2007, 1033 p.

¹¹⁷⁶ V. à ce sujet Pascal DAVID, *Essai sur Heidegger et le Judaïsme. Le nom et le nombre*, Éditions du Cerf, 2015, 280 p.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 156.

¹¹⁷⁸ D'où la réflexion de Thomas Hobbes : « La raison n'est rien d'autre que le calcul (...) des conséquences des dénominations générales dont nous avons convenu pour *noter* et *signifier* nos pensées ; pour les *noter*, dis-je, quand nous calculons à part nous ; et pour les signifier, quand nous démontrons ou prouvons à autrui nos calculs », *in* Thomas HOBbes, *Léviathan*, Folio, Folio Essais, 1024 p.

juridique du terme : c'est le nombre que nous attribue la sécurité sociale, conçu en 13 chiffres, dont la conception permettrait potentiellement de distinguer dix milliards d'individus. Le premier chiffre correspond au sexe, 1 pour les hommes, 2 pour les femmes, rien encore pour les personnes intersexes, la sécurité sociale ne prévoit pas de mention spécifique qui admettrait l'existence d'un troisième sexe dit « neutre » ou « intersexe » dans les pays qui le reconnaissent. Ensuite quatre chiffres correspondant à l'année de naissance et au mois de naissance ; puis cinq chiffres pour le département et la commune de naissance¹¹⁷⁹, trois chiffres correspondent au numéro d'enregistrement sur les registres d'état civil, et enfin deux derniers chiffres dits « clé » sont aléatoires. Ce nombre unique composé d'une longue série de chiffres est un marqueur individuel, une étiquette personnelle dans le système social, requise à d'innombrables reprises au cours de l'existence.

Destinée à divers documents d'identité, à la particularisation d'une pléthore de dossiers, l'identification par les nombres se banalise à l'extrême¹¹⁸⁰. Le début de l'identification par les nombres est ancien, il commence par le tatouage, comme marque d'écriture sur la peau¹¹⁸¹

¹¹⁷⁹ 99 pour les personnes nées à l'étranger.

¹¹⁸⁰ Michel SERRES écrit : « Éloge du code. Voilà justement un terme (codex) de tout temps commun au droit et à la jurisprudence, à la médecine et à la pharmacie. Or, aujourd'hui, la biochimie, la théorie de l'information, les nouvelles technologies s'en emparent, et, de là, le généralisent au savoir et à l'action en général. Jadis et naguère, le vulgaire n'entendait goutte aux codes juridiques, ni à ceux des médicaments ; ouverte et fermée, leur écriture pourtant affichée ne restait lisible qu'aux doctes. Un code ressemblait à une pièce à deux côtés, pile et face, contradictoires : accessible et secret. Nous vivons depuis peu dans la civilisation de l'accès. Le correspondant linguistique et cognitif de cette culture y devient le code, qui le permet ou l'interdit. Or comme justement le code institue un ensemble de correspondances entre deux systèmes à traduire l'un dans l'autre, il possède les deux faces dont nous avons besoin dans la circulation libre des flux dont je viens de décrire la nouveauté. Il suffit de coder pour préserver l'anonymat en laissant libre l'accès. Or le code, c'est le vivant, le singulier ; or le code, c'est tel homme. Qui suis-je, moi, unique individu, générique aussi bien ? *Un chiffre indéfini, déchiffrable, indéchiffrable*, ouvert et fermé, social et pudique, accessible-inaccessible, public et privé, intime et secret, inconnu parfois de moi et exhibé en même temps. J'existe, donc je suis un code, calculable, incalculable comme l'aiguille d'or plus le tas de paille où, enfouie, elle dissimule son éclat. Mon ADN, par exemple, à la fois ouvert et fermé, dont le chiffre m'a charnellement construit, intime et public comme les Confessions de saint-Augustin, combien de signes ? La *Joconde*, combien de pixels ? Le *Requiem* de Fauré, combien de bits ? Médecine et droit nourrissent depuis longtemps cette idée de l'homme code. Le savoir et les pratiques la confirment aujourd'hui, dont les méthodes utilisent procédures et algorithmes ; le code fait naître un nouvel *ego*. Personnel, intime, secret ? Oui. Générique, public, publiable ? Oui. Mieux, les deux : double », in Michel SERRES, *Petite Poucette*, Editions de Noyelles, Manifestes le Pommier, 2012, pp. 78-80.

¹¹⁸¹ Elle a été longuement étudiée par des anthropologues, comme Claude Lévi-Strauss, dans *Tristes tropiques*, Pocket, Terre Humaine Poche, chapitre XX « Une société indigène et son style », pp. 205 à 227.

devenue un phénomène de société¹¹⁸². Aujourd'hui, nos cartes d'identité, nos passeports, nos permis de conduire, toutes nos références et fichiers administratifs sont porteurs d'« identifiants » chiffrés, de codes à numéros. Nous sommes largement plus identifiés par des nombres que par des noms. La réduction des personnes à leur dimension numérale ou numérique conduit à indiquer leurs noms comme des nombres, un peu comme des numéros de registre matricule, elle les réduit à être des équations personnelles. Or, « derrière les chiffres il y a des êtres, derrière les nombres, des noms »¹¹⁸³ : Pascal David fait état de la distinction essentielle entre le nom et le nombre, il met en évidence l'occultation croissante du nom par le nombre dans la pensée occidentale à laquelle ne peut plus échapper que l'incalculable¹¹⁸⁴. Les nombres envahissent tous les domaines de l'existence humaine. Kafka déjà, dans *La colonie pénitentiaire*¹¹⁸⁵ publiée en 1919 décrit une machine à tatouer et à exécuter les condamnés : elle grave lentement la sentence sur le corps d'un détenu qui n'a accès à son jugement que par les yeux du public, il apprend le verdict dans sa propre chair. Dans cette nouvelle, tout est impersonnel, absurde, dénué de nom propre, on ne remarque que fonctions et statuts (l'explorateur étranger, l'officier, le commandant, le soldat), le nom propre disparaît, la parole est bannie au profit d'une trace imprimée, gravée sur la peau. Tout ceci ressemble bien sûr à une vision anticipatrice d'horreur de la barbarie nazie et amène à évoquer la question du tatouage dans sa version la plus sordide, tel que les nazis l'ont pratiqué à Auschwitz-Birkenau. On connaît l'impression poignante qui transperce à la vue de chiffres tatoués sur les avant-bras

¹¹⁸² « Une des formes les plus antiques à *incar-ner*, dans le corps, cet organe irréel, c'est le tatouage, la scarification. L'entaille a bel et bien la fonction d'être pour l'Autre, d'y situer le sujet, marquant sa place dans les relations du groupe, entre chacun et tous les autres. Et, en même temps, elle a de façon évidente une fonction érotique, que tous ceux qui en ont approché la réalité ont perçue », in Jacques LACAN, *Séminaire XI, Les Quatre concepts Fondamentaux de la psychanalyse*, Seuil, 1973, p. 187.

¹¹⁸³ Pascal DAVID, *Essai sur Heidegger et le Judaïsme. Le nom et le nombre*, op.cit., p. 156.

¹¹⁸⁴ « D'où la tâche de la pensée méditante consistant à *préserver* autant que faire se peut l'espace ou l'oxygène de l'incalculable, de l'impondérable, de ce qui échappe à l'emprise de la rationalité occidentale devenue calculatrice, de ce qui lui demeure inaccessible, sans en faire des « paramètres » ou des « variables d'ajustement », ce qui reviendrait à en faire du calculable et du pondérable. La préservation de l'incalculable – telle pourrait bien être aujourd'hui l'une des tâches majeures de la pensée, pour autant qu'elle soit en mesure de faire face à ce qui déploie son règne dévorant : l'oblitération croissante du nom par le nombre dans le cours de la pensée occidentale et le déploiement de la rationalité moderne. En revenant du nombre au nom, en se fiant aux ressources insoupçonnées du nom, avant que tous les noms ne finissent par s'effacer, comme sur le sable, les pas des amants désunis », in Pascal DAVID, *Heidegger et le judaïsme : Le nom et le nombre*, op. cit., pp. 253-254.

¹¹⁸⁵ Franz KAFKA, *La Colonie pénitentiaire et autres récits*, Gallimard, NRF, Du Monde entier, 1948, 192 p.

de personnes très âgées, ces chiffres qui représentaient leur identité dans les camps concentrationnaires, et dont Primo Levi témoigne en ces termes : « Alors, pour la première fois, nous nous apercevons que notre langue manque de mots pour exprimer cette insulte : la démolition d'un homme (...). Plus rien ne nous appartient : ils nous enlèveront jusqu'à notre nom : et si nous voulons le conserver, nous devons trouver en nous la force nécessaire pour que derrière ce nom quelque chose de nous, de ce que nous étions, subsiste »¹¹⁸⁶. Un film, *Numbered*¹¹⁸⁷, montre d'anciens déportés interrogés par leurs enfants et petits-enfants, il montre ces inscriptions, ce comptage par la peau, ces numéros d'immatriculation non consentie qui marquent le passage de la lettre au chiffre, de la qualité de personne à la quantité, à la série¹¹⁸⁸. La portée symbolique de l'immatriculation nazie participait, au travers d'une pensée calculante, du désir d'extermination d'un groupe humain, par l'effacement des personnes et l'abolissement des noms, changés en nombres. La pensée calculante et uniformisante, au fur et à mesure de l'extension de son règne sur le monde, qu'elle opère ou non avec des nombres, réduit l'être à ce qui offre prise à la mise en chiffres ; il reste que demeure ce qui n'est pas susceptible d'être calculé, ce qui ne correspond à aucun ratio, au sens juridique du raisonnement.

L'uniformité qui se construit par le nombre est problématique car elle met en cause la transmission¹¹⁸⁹. Cette transmission qui se réalise notamment par la famille, véhicule un ensemble d'habitus, source d'identité, de génération en génération. Même si la notion de famille - que ce soit la famille par le sang ou la famille par alliance - évolue et n'est plus la garante

¹¹⁸⁶ Primo LEVY, *Si c'est un homme*, Julliard, 1987, p. 26-27.

¹¹⁸⁷ Uriel SINAÏ, Dana DORON, *Numbered*, film israélien documentaire, 2013.

¹¹⁸⁸ Simone WIENER, « À propos du tatouage, marque cruelle, écriture sur la peau », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, p. 552.

¹¹⁸⁹ Du verbe transmettre issu du latin *trametre* (Xème siècle) issu du latin classique *transmittere* « envoyer de l'autre côté, faire passer au-delà, remettre, de *trans* (trans-) et *mittere* (mettre). L'idée dominante du verbe est devenue celle d'un déplacement provoqué vers quelqu'un, il a dès le XIème siècle le sens de « faire parvenir quelque chose à quelqu'un. Le verbe a signifié dès le XIIème siècle « céder un droit, un bien à quelqu'un », spécialement « faire passer à ses descendants un bien matériel ou moral, sens toujours usuel. Le substantif verbal, transmission est directement repris du latin *transmissio* fait sur le supin de *transmittere*. Introduit en français comme terme de médecine à propos de circulation des humeurs, le mot se répand pour désigner de manière générale l'action de transmettre et le résultat de cette action (190) notamment en matière de biens, de propriété et de pouvoirs (transmission héréditaire). Par métonymie, il désigne concrètement ce qui transmet, spécialement en parlant d'un organe mécanique (186), et abstraitement, au pluriel, de l'ensemble des moyens destinés à transmettre les informations, in Alain REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française, L'origine et l'histoire des mots racontées par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, Tome II, p. 2491.

d'une hérédité, d'un statut ou d'un patrimoine, elle reste le creuset d'un « héritage », d'une mémoire, et d'une culture. La généalogie permet aux personnes de se situer dans un ordre symbolique qui les institue et les différencie les unes des autres ainsi que l'explique Pierre Legendre dans *L'inestimable objet de la transmission*¹¹⁹⁰. Cet ordre symbolique justifie la transmission qui s'impose comme la règle de l'organisation sociale, elle génère la perpétuation de règles fondatrices, elle « se présente comme un impératif anthropologique qui se livre sous une forme juridique (la filiation) en respectant une grammaire symbolique (la généalogie) »¹¹⁹¹.

La transmission est au cœur du droit et de la psychanalyse. Une grande partie du droit civil des personnes codifie les filiations et s'est construit pour organiser la transmission par le nom¹¹⁹²,

¹¹⁹⁰ Pierre LEGENDRE, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2^{ème} éd., 2004, 410 p.

¹¹⁹¹ Willy LAHAYE, Willy, Huguette DESMET, Jean-Pierre POURTOIS, « L'héritage de la transmission », *La revue internationale de l'éducation familiale*, vol. 22, no. 2, 2007, pp. 43-66.

¹¹⁹² Or la France est régulièrement sommée par la Cour européenne des droits de l'homme (inspirée par un rapport intitulé *Filiation, origines, parentalité*, dirigé par la sociologue Irène Théry et publié en 2014 aux éditions Odile Jacob), de veiller à l'intérêt supérieur des enfants, quel que soit leur mode de conception, ce qui passe notamment par la délivrance d'un livret de famille. Autrefois les bâtards étaient punis pour les « fautes » de leurs parents, aujourd'hui les enfants issus de la GPA ont longtemps baigné dans l'insécurité juridique : en refusant de les inscrire sur le livret de famille de leurs parents, la France les constituait en une catégorie à part, comme s'ils avaient « une tache au front ». L'enjeu symbolique et juridique était majeur, car refuser de reconnaître la filiation constituait « une atteinte à l'identité de l'enfant, dont la filiation est une composante essentielle » dit la CEDH dans ses arrêts *Mennesson c./ France* (requête n°65192/11), et *Labassée c./ France* (requête n° 65941/11), du 26 juin 2014. La CEDH, dans une note d'information sur la jurisprudence de la Cour, sur les arrêts *Mennesson et Labassée c. / France* du 26 juin 2014, précisait que « la cour européenne, compte tenu de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants requérantes (...) l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation ». Enfin, le 4 octobre 2019, la Cour de cassation a ordonné la transcription entière des actes de naissance des jumelles Mennesson nées par GPA aux États-Unis il y a 20 ans. Le Code civil français organise la transmission du nom par la section 4 « Des règles de dévolution du nom de famille », du titre VII « De la filiation », du livre 1^{er} « Des personnes » ; il s'agit des articles 311-21 à 311-24-1 dont les principaux sont les suivants : Art. 321-11 du Code civil : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance

sur des générations, en excluant ceux qui n'étaient pas éligibles à le porter ; dans l'ancienne France, ce fut longtemps la problématique des bâtards¹¹⁹³, tant en droit de la famille¹¹⁹⁴, qu'en droit des successions¹¹⁹⁵. Lors de sa naissance, on reçoit un nom que l'on n'a pas choisi, mais qui sera le nôtre, faute de quoi un nouveau-né ne serait qu'un numéro de série, permettant sa « traçabilité » et non son inscription au sein d'une lignée, selon le principe généalogique des sociétés humaines¹¹⁹⁶. Pascal David indique que le nombre asservit, alors que le nom libère¹¹⁹⁷,

de l'enfant. Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs. Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants ».

Art. 311-23 du Code civil : « Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent. Lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance. En cas d'empêchement grave, le parent peut être représenté par un fondé de procuration spéciale et authentique.

Toutefois, lorsqu'il a déjà été fait application de l'article 311-21, du deuxième alinéa du présent article ou de l'article 357 à l'égard d'un autre enfant commun, la déclaration de changement de nom ne peut avoir d'autre effet que de donner le nom précédemment dévolu ou choisi. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire ». Art. 311-24-1 du Code civil : « En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger. Toutefois, au moment de la demande de transcription, les parents peuvent opter pour l'application de la loi française pour la détermination du nom de leur enfant, dans les conditions prévues à la présente section ».

¹¹⁹³ Durant des siècles, les enfants tenus pour illégitimes car nés hors mariage, portaient la faute de leurs parents : ils étaient mis au ban de la société, frappés de déchéances sociales par l'Église et le droit séculier, in Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit privé. Personnes et biens*, Ellipses, 2008, p. 76.

¹¹⁹⁴ V. à ce sujet Caroline AVIGNON (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses Universitaires de Rennes, 2016, 560 p.

¹¹⁹⁵ « *Bâtards ne succèdent point* », cette incapacité à succéder est un lourd stigmate de la bâtardise. Les enfants nés bâtards ne pouvaient pas laisser de succession à leurs descendants, ni rédiger de testament, ni hériter, ni bénéficier de libéralité, le roi récupérait la succession du bâtard célibataire. La loi du 13 avril 1791 abolit le droit de bâtardise, et la loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) relative aux droits successoraux du bâtard déclare l'assimilation complète de l'enfant naturel simple (c'est-à-dire qu'elle exclut encore l'enfant né d'un inceste ou d'un adultère) à l'enfant légitime. Il faut attendre la loi du 3 janvier 1972 pour que les enfants naturels adultérins ne soient plus victimes de discriminations et puissent voir leur filiation établie. La loi du 3 décembre 2001 supprime le concept d'enfant adultérin, et celle du 4 mars 2002 (n° 2002-305), crée un article 310, placé en tête du titre septième (De la filiation) du livre premier (Des personnes) - du Code civil, qui énonce enfin que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère ; ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

¹¹⁹⁶ Pascal DAVID, *Essai sur Heidegger et le Judaïsme. Le nom et le nombre*, op. cit., p. 118.

¹¹⁹⁷ En vertu de ce que Marcel Proust décrit comme sa puissance d'évocation : « ce que chaque mot garde, dans sa figure ou dans son harmonie, du charme de son origine ou de la grandeur de son passé, a sur notre imagination et sur notre sensibilité une puissance d'évocation au moins aussi grande que sa

et que la rationalité occidentale, qui permet que la personne humaine soit saisie par le droit comme *animal rationale*, s'est déployée à la faveur d'une emprise croissante du nombre sur le nom¹¹⁹⁸, cette emprise ayant pour objet l'ordre et la mesure, *ordo et mensura*, comme critères d'intelligibilité du monde. En effet, « l'animal rationale n'est pas seulement toutefois l'animal doué de raison, rationnel ou raisonnable, c'est d'abord l'animal qui compte parce qu'il sait compter. (...) La *ratio* est le rationnement du *logos* au calcul. L'histoire qui mène du *logos* à la *ratio* est celle de l'occultation du nom par le nombre »¹¹⁹⁹.

La transmission n'est pas seulement une affaire d'héritage, de passation de biens matériels mais aussi de biens immatériels tels que le nom, la notoriété, la mémoire, et cette mémoire du nom et de la famille est essentielle sur le terrain de la psychanalyse : la famille s'entend en effet non comme une mosaïque de codes génétiques diversement assemblés, mais comme un fait social, comme la composition et la recomposition d'un ensemble de personnes unies par des liens de filiation ou d'alliance, produisant des obligations économiques, des sentiments, des interdits sexuels¹²⁰⁰ et des effets juridiques.

Dans cette vision de la famille, le droit suit la psychanalyse. Elle est un travail sur le nom, sur la filiation et la transmission, elle contribue à ce que l'analysant trouve sa place, se situe dans son histoire familiale et ses ramifications, elle lui permet de prendre conscience de ce qui lui a été transmis consciemment et inconsciemment, et d'appréhender sa construction personnelle. La transmission n'est pas une simple affaire de nombres, de comptes ou de calculs, elle est le médium par lequel « on fabrique nos pères »¹²⁰¹.

Les personnes humaines juridiquement individualisées, aussi uniformisées soient-elles, sont chacune titulaires de « droits inaliénables et sacrés », toute disparité fondée sur le sexe¹²⁰², la

puissance de stricte signification », in Marcel PROUST, « Contre l'obscurité », *Contre Sainte-Beuve*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1971, pp. 392-393.

¹¹⁹⁸ Pascal DAVID, *Essai sur Heidegger et le Judaïsme. Le nom et le nombre*, op. cit., p. 149.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 175.

¹²⁰⁰ V. « famille », in Raymond BOUDON, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, 2011, p. 251.

¹²⁰¹ V. à ce sujet Pascal DAVID, « La question de la paternité à la lumière des écrits de Pierre Legendre : aspects mythologiques, juridiques et symboliques », *Recherches familiales*, vol. 7, no. 1, 2010, pp. 77-83.

¹²⁰² L'art. 225-1 al. 1 C. pén. dispose que « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de

race¹²⁰³, la religion¹²⁰⁴, la nationalité, l'âge, etc. ayant vocation à être disqualifiée comme discrimination, tant et si bien que la formule de Saint Paul paraît tout à fait actuelle : « Il n'y a ni Juif ni Grec, ni esclave, ni homme libre ; il n'y a ni homme ni femme »¹²⁰⁵. Et cette sentence établit naturellement une passerelle entre l'uniformisation juridique des personnes humaines et leur universalité.

Section II

L'unité de la personne comme universalité

L'unité identitaire de la personne n'est pas qu'une question de forme. Elle se construit aussi comme une représentation qui engage une vision universalisante du monde¹²⁰⁶ et une manière d'appréhender la réalité sociale. Le postulat universaliste suppose de faire abstraction de

leur grosseur, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ».

¹²⁰³ L'article 1^{er} al. 1 de la Constitution proclame que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de *race* ou de *religion*. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ Épître aux galates, 3, 28.

¹²⁰⁶ Selon le Dictionnaire Historique de la Langue Française, le mot « universel », est dérivé d'universum, formé lui-même à partir d'unus et de versus (de *vertere* : tourner) ; *universum* signifie « tourné vers l'un », de manière à former un ensemble. Il a pour étymologie le terme *universalis*, « relatif au tout », dérivé d'*universus*, « l'univers ». La forme en -el élimine celle en -al au 15^{ème} siècle. *Universal* traduit le latin médiéval *universalis* « dont la juridiction s'étend de droit à la terre entière ». L'adjectif revêt un sens proche de « général », avec une valeur logique : qui concerne la totalité des individus d'une classe, qui est pris dans toute son extension. Universel s'emploie à cette époque comme doublet de univers, comme adjectif au sens d'entier. Au 17^{ème}, on le relève encore comme l'universel des hommes, l'humanité entière. Le terme d'universalité est un emprunt au bas latin *universalitas*, dérivé de *universalis* ; ce terme de la logique aristotélicienne se dit du caractère des choses considéré sous leur aspect de généralité universelle. Lié à certains emplois d'universel, il désigne aussi une attitude intellectuelle par laquelle on s'attache aux valeurs les plus généralement valables. *Universalité* est sorti de l'usage avec la valeur large de « totalité, généralité », le nom entre ensuite dans le vocabulaire du droit (1690) et reprend un sens de latin médiéval dans *universalité de l'Église* (1690). Puis il se dit du caractère de ce qui concerne la totalité des hommes, in Alain REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française, L'origine et l'histoire des mots racontées par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, Tome II, pp. 2540-2541.

caractéristiques telles que l'origine raciale ou le sexe, ainsi que d'affiliations ou d'appartenances à des groupes identitaires, cette ignorance délibérée constituant en principe une garantie contre les discriminations et les ségrégations, sans pour autant empêcher l'exercice de droits fondamentaux¹²⁰⁷. L'universalité a donc partie avec le droit car on se tourne vers les juristes pour trouver des solutions en vertu de grands principes constitutionnels tels que l'égalité¹²⁰⁸, la dignité¹²⁰⁹ et la laïcité¹²¹⁰. La tâche est d'autant plus ardue que l'idéal

¹²⁰⁷ Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Les voies du droit, PUF, 2010, p. 117.

¹²⁰⁸ Le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit définit l'égalité comme la « relation d'interchangeabilité entre deux ou plusieurs êtres, au moins en l'un de leurs aspects ou éléments ». L'égalité, « notion à la fois prestigieuse et confuse » (Paul Foriers et Charles Perelman, « Préface » à Petzold-Pernia, 1974, p. IX), est un mot d'ordre qui « demeure jusqu'à nos jours au centre des débats politiques et sociaux ; son interprétation est restée un objet de controverses » (Otto Dann, *L'égalité*, V, p. 245). « Ainsi donc la notion d'égalité trouve ses racines dans la philosophie, surtout politique, mais elle a connu une singulière réussite dans le domaine du droit. Peu de notions juridiques sont aussi intimement liées aux mutations historico-sociales. Elle mérite, à ce titre, d'être dite évolutive », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 221.

¹²⁰⁹ Le concept de dignité aurait pour ancêtre celui de *dignitas*, qui revoie à un statut et à ses protections afférentes. D'abord la *dignitas* du roi, et celle de personnes investies de rangs et de fonctions sociales notables, jusqu'à celle des citoyens. Donc un principe initialement très inégalitaire. Elle serait aujourd'hui un socle des droits de l'Homme ; cependant, depuis près d'un quart de siècle, une lecture objectiviste du principe de dignité semble être plutôt constitutive d'une limite à la liberté individuelle, et les usages qui en sont fait laissent à penser que l'ancienne *dignitas* affleure (v. à ce sujet Stéphanie Hennette-Vauchez, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres, vin nouveau », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2008, n°48, p. 59). Les tensions actuelles entre droits de l'homme et dignité de la personne humaine existent bel et bien, et ne peuvent être ignorées dans leur potentielle issue liberticide. Même le Conseil d'État semble avoir pris ses distances vis-à-vis d'une interprétation du principe qu'il avait lui-même adopté via l'affaire du lancer de nain. En mars 2010, dans l'étude remise au gouvernement, relative aux possibles interdictions juridiques du port du voile intégral, il indiquait qu'il existe « deux conceptions de la dignité qui peuvent potentiellement s'opposer ou se limiter mutuellement : celle de l'exigence morale collective de sauvegarde de la dignité, le cas échéant, aux dépens du libre-arbitre de la personne humaine (qui trouve une traduction jurisprudentielle dans la décision *Commune de Morsang sur Orge*) et celle de la protection du libre-arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. Or la Cour européenne des droits de l'homme a très largement fait sienne cette seconde acception en protégeant sur le fondement du droit au respect à la vie privée, un principe d'autonomie personnelle selon lequel chacun peut mener sa vie selon ses convictions et ses choix personnels, y compris en se mettant physiquement ou moralement en danger, dès lors que cette attitude ne porte pas atteinte à autrui. Tel est le sens de son arrêt *K. A. et A. D. c. / Belgique* du 17 février 2005 (n° 42758/98) par lequel elle a très clairement affirmé le principe du primat d'autonomie sur la sauvegarde de la dignité « subie » ; in http://www.conseil-etat.fr/content/download/1731/5221/version/1/file/etude_vi_30032010.pdf, p. 19. Dans le même sens en droit interne, l'article 4 et l'article 5 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui énoncent respectivement que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et que « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ».

¹²¹⁰ La laïcité est constitutionnellement consacrée en droit français, marquant une stricte séparation entre l'État et les confessions religieuses ; l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 affirme en effet

universaliste de la personne humaine est sous-tendu par différents discours qui mêlent des considérations juridiques, politiques et culturelles¹²¹¹ ; il ramène à la question des droits fondamentaux, qui paradoxalement, alors même qu'ils sont « fondamentaux », semblent, relever du fantasme (I) et même être objets de refoulement (II).

I. Des droits fantasmés

« L'homme est né libre et partout il est dans les fers »¹²¹².

Jean-Jacques Rousseau

La matière juridique est réputée pour sa rigueur, son réalisme et sa capacité à servir la réalité. En même temps, son inclination à se réfugier dans le fantasme nourrit de multiples utopies juridiques¹²¹³. L'universalité des droits de la personne humaine s'est construite d'abord comme un fantasme qui prend diverses formes. L'universalité est affirmée solennellement (au travers de déclarations institutionnelles, de lois, de traités), mais elle se loge aussi de façon plus discrète entre les lignes des discours, elle prend la forme de sous-entendus, de non-dits au sein d'analyses d'auteurs qui implicitement justifient leur démonstration au nom de l'universalité :

que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». Or la définition de ce principe dont on mesure la consistance fondamentale n'a jamais été précisée dans un texte de droit écrit. Dans une chronique du *Recueil Dalloz* (chron. XXXIII) éditée en 1949, Jean Rivero peignait avec brio l'évolution de cette notion : « Laïcité : le mot sent la poudre ; il éveille des résonances passionnelles contradictoires (...). Le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficulté majeure ; des conceptions fort différentes ont pu être développées par des hommes politiques dans le feu des réunions publiques ; mais une seule a trouvé place dans les documents officiels : les textes législatifs, les rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité en un seul et même sens, celui de la neutralité religieuse de l'État ». La loi de 1905 assurant la séparation des Églises et de l'État a eu un retentissement symbolique et pratique de première importance, notamment dans le domaine de l'enseignement. Ainsi s'édifie en France le mythe de l'État laïque, fondé sur la raison humaine, sur la séparation du spirituel et du temporel. Le signifiant du Père, le « fort besoin d'autorité », décelable dans « les masses des gens » (in Sigmund FREUD, *Moïse et le monothéisme*, Gallimard, Idée nrf, 1967, p. 217), à la structure même de toute socialisation, évolue.

¹²¹¹ Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Les voies du droit, PUF, 2010, p. 10.

¹²¹² Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Préambule (1762).

¹²¹³ V. « imaginaire juridique », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 285 ; v. aussi la lecture juridique de l'œuvre de Thomas Moore par Patrick CHARLOT et Claude COURVOISIER, *Le droit, le juge dans l'utopie*, in *L'imaginaire en droit*, op. cit., pp. 203-219.

on le retrouve dans des introductions de manuels¹²¹⁴, au sein de commentaires, de conclusions, de notes de bas de page (A). Mais si ce désir d'universalité est largement énoncé, il est rarement pratiqué. Une sorte d'embarras règne parce que l'universalité semble inaccessible, impossible à atteindre (B).

A. Le désir d'universalité

« *Tout ce qui tient intimement à la nature humaine se ressemble d'un bout de l'univers à l'autre* »¹²¹⁵.

Voltaire

La loi doit être la même pour tous. L'idée d'universalité de la personne humaine en tant qu'individu identifié comme appartenant à un groupe, est liée à une vision du monde construite

¹²¹⁴ V. par exemple la place de l'universalité dans les manuels sur les droits fondamentaux : Frédéric Sudre indique que « Si, selon le mot de Mallarmé, la mission du poète est de « donner un sens plus pur aux mots de la tribu » (*in* Stéphane Mallarmé, *Le tombeau d'Edgar Edgar Poe*, Gallimard, NRF Poésie, 1992, p. 60), cette mission peut aussi être assignée au juriste et vaut tout particulièrement pour l'expression « droits de l'homme ». La simplicité apparente des mots explique sans doute la fortune de leur utilisation dans le langage courant. Référence obligée de tout discours moderne, les « droits de l'homme » semblent être devenus une nouvelle idéologie, une « troisième voie » entre le marxisme sommaire et le libéralisme traditionnel ; à moins qu'ils ne soient un carrefour auquel on aboutit à partir d'idéologies difficilement conciliables », *in* Frédéric SUDRE, Laure MILANO et Hélène SURREL (collaboratrices), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^{ème} éd. Mise à jour, PUF, Droit fondamental, Classiques, 2019, p. 13.

¹²¹⁵ C'est par cette conclusion que Voltaire termine son *Essai sur les mœurs* de 1756 : « tout ce qui tient intimement à la nature humaine se ressemble d'un bout de l'univers à l'autre. L'empire de la coutume répand la variété sur la scène de l'univers ; la nature y répand l'unité », *in* VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs et l'esprit des nations, et sur les principaux faits de l'histoire*, 1756.

depuis l'Antiquité grecque¹²¹⁶, en passant par les religions monothéistes¹²¹⁷, l'esprit des Lumières, puis la Révolution française¹²¹⁸. L'universalité est le caractère de ce qui, par-delà les appartenances, unit toutes les personnes humaines, elle est une abstraction qui rejait sur le droit dont les axiomes expriment une vérité universelle et se penchent peu sur le contingent.

Comment l'idée d'universel vient-elle à l'esprit ? C'est tout l'objet de la querelle des universaux¹²¹⁹, celui de savoir quelle est la nature des idées fondatrices qui nous permettent de « classer » les personnes humaines. Ces idées sont-elles des réalités, des concepts abstraits, ou de simples désignations ainsi que l'avance la thèse nominaliste défendue par Guillaume d'Occam qui conçoit le monde à travers le postulat que seuls existent ceux qui portent un nom, inaugurant par là-même une tradition individualiste et la possibilité de penser les droits de l'homme¹²²⁰ ? L'universalité des Lumières implique une prise de conscience de la diversité humaine, et à la fois l'affirmation de l'unité du genre humain, la participation de tous à une

¹²¹⁶ Quand les hommes de la Cité rejetaient les Barbares, c'est-à-dire absolument tout ce qui était « étranger » à leur civilisation et ne parlait pas leur langue. Selon Aristote, « la connaissance de toutes choses appartient nécessairement à celui qui possède au plus haut degré la science de l'universel, car il connaît d'une certaine manière tous les cas », in François JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, 2008, pp. 67-71. La vision grecque de l'universalité s'arrête à la Cité, elle est circonscrite de frontières entre d'une part citoyens grecs, et d'autre part non citoyens, esclaves, et barbares. Lors de la dissolution des cités et de l'instauration des grands empires, le stoïcisme pense l'unité de l'humanité : les personnes humaines sont citoyennes du monde, elles appartiennent à la « société universelle du genre humain » où la loi naturelle vaut plus que les lois positives, in Max MARCUZZI, « Le genre humain », in Denis KAMBOUCHNER (dir.), *Notions de philosophie, I*, Folio Essais, 1995.

¹²¹⁷ Le christianisme par exemple laisse hors de son universalité, païens, juifs et musulmans, et en même temps, il avance que tout être humain est façonné à l'image de Dieu et résume l'humanité toute entière, elle-même résumée en un seul homme, Adam.

¹²¹⁸ « Lynn Hunt évoque (...) l'empathie imaginaire (l'autre est comme moi) qui a servi de fondement aux droits de l'homme. Cette empathie aurait aussi une base biologique, mais elle constate que personne ne sait vraiment comment interpréter la nature du soi. Les historiens ne savent pas non plus grand-chose sur l'origine et les changements de la notion d'individu. Ce qui est certain c'est qu'il y a eu une révolution au XVIIIème siècle au sujet de l'appréhension de l'individu, et que ce nouvel état d'esprit s'est largement diffusé dans la population. C'est ce qui a permis l'émergence de nouveaux concepts sociaux et politiques comme les droits de l'homme », in Valentine ZUBER, *Le culte des droits de l'homme*, NRF, Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, 2014, p. 340.

¹²¹⁹ Cette querelle s'origine dans la résistance d'Aristote à Platon : les genres et les espèces existent-ils réellement ou sont-ils de pures conceptions de l'esprit ? L'universalisme questionne quant à l'existence, l'essence et l'intentionnalité, et demeure toujours une interrogation fondamentale sur la consistance du réel et de ses représentations. C'est selon Aristote, ce qui peut être "dit de plusieurs", tout en appartenant en propre au singulier. C'est une manière de comprendre ce qui est commun à tout ce qui est particulier. Selon Platon, les idées sont des réalités supérieures, extérieures, transcendantes, alors qu'Aristote estime que les catégories sont des attributs de l'être.

¹²²⁰ Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, 1983, p. 118.

même nature. Et si cette unité est bien faite de singularités, « l'appartenance au genre humain, à l'humanité universelle est plus fondamentale encore que l'appartenance à telle ou telle société »¹²²¹.

Depuis la Révolution française et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, notre système juridique s'est bâti sur ce dogme¹²²². De révolutions en déclarations, l'universalité, affirmée par quelques rares États, s'est déployée en droit international après la seconde guerre mondiale, se retrouvant à la base de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, dans son article 55¹²²³. Ce principe, sur lequel s'ouvre la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme¹²²⁴ du 10 décembre 1948, figure en exergue de toute analyse juridique du statut de la personne. Et pourtant, « que l'homme naisse libre ou pour être libre, l'évidence s'impose : sur toutes faces de la terre, il s'enlise dans la plus entière servitude, douce ou cruelle, franche ou insidieuse, mutilant le corps ou le bridant de mille façons, infléchissant les consciences jusqu'à les briser, déterminant les existences jusque dans leurs moindres

¹²²¹ Tzvetan TODOROV (dir.), « L'esprit des lumières », in *Lumières ! Un héritage pour demain*, Bibliothèque nationale de France, 2006, p. 94.

¹²²² Cf. Danièle LOCHAK, « L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? », in Danièle Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, pp. 167-203 ; Jacques Les dogmes de l'universalité, Université européenne, 2012, 172 p., Jacques KOUKAM, Stéphane Haber (dir.), *Jürgen Habermas et la problématique de l'universalité des droits de l'homme*, thèse de doctorat en philosophie, soutenue le 25 mai 2016.

¹²²³ Art. 55 de la Charte des Nations Unies : « En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations Unies favoriseront : a. Le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; b. La solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation ; c. Le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

¹²²⁴ C'est-à-dire « l'ensemble des principes et des normes fondés sur la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains et qui visent à en assurer le respect universel et effectif. « Homme » utilisé ici comme terme générique, vient du latin *homo*, qui désigne tout être humain sans distinction aucune (notamment de sexe) ; le terme « droits » employé dans le sens subjectif se réfère à des prérogatives protégées juridiquement. L'expression « droits de l'homme » désigne donc des prérogatives détenues en propre par l'être humain et régies par des règles ; elle dérive de celle de « droits naturels » (de l'homme) ; recouvrant à l'origine essentiellement « les libertés », son champ s'est progressivement étendu à des prérogatives d'ordre social et de porte collective », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 208.

replis »¹²²⁵, et l'inégalité se constate dans notre quotidien le plus banal, prenant des formes doucereuses ou aigües. Inégalité, parce que le principe d'égalité devant la loi se réduit la plupart du temps à une déclaration juridico-formelle et ne peut avoir de conséquence réelle sur la vie sociale s'il n'est assorti d'un principe d'égalisation sociale¹²²⁶ véritablement effectif¹²²⁷, les deux principes n'étant pas efficaces l'un sans l'autre.

Les expressions juridiques de la notion d'égalité revêtent un caractère très universel, standardisé. L'égalité devant la loi, c'est-à-dire la non - discrimination¹²²⁸, se traduit par de nombreuses

¹²²⁵ Jacques MOURGEON, « Introduction », in *Les droits de l'homme*, Que Sais-je, Presses Universitaires de France, 2003, p. 3. V. aussi dans le *Rapport 2017-2018, La situation des droits humains dans le monde*, les conclusions des rapports d'AMNESTY INTERNATIONAL, toujours plus alarmantes quant aux manquements des gouvernements aux droits humains qu'elles ne cessent de dénoncer dans un contexte mondial hautement instable. V. également le rapport 2018 du Conseil des droits de l'homme à l'Assemblée générale des Nations Unies, et les enquêtes en cours ouvertes à la demande du Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.

¹²²⁶ « Le principe d'égalisation sociale nous apparaît comme un principe de compensation des inégalités sociales, compensation pouvant se réaliser par la promotion des personnes socialement défavorisées ou par la diminution de la richesse et du pouvoir de celles qui jouissent au contraire d'une condition sociale très favorable. Dans le premier cas, cela signifie que l'on concède aux déshérités sociaux l'un ou l'autre avantage positif (...). Dans le deuxième cas, le principe consiste à exiger de la part des riches, une contribution économique et sociale en faveur de la collectivité, plus grande que celle que l'on demande à ceux qui se trouvent dans la situation sociale inverse. Cela représente donc un bénéfice – négatif en même temps que positif par ses conséquences – en faveur des plus défavorisés de la communauté (...). Ainsi donc, le principe d'égalisation sociale serait, vis-à-vis de l'exigence de l'égalité devant la loi, comme l'autre face d'une même pièce, vu que si l'on traite de la même façon le pauvre et le riche, ou n'importe quelles autres personnes se trouvant en situation d'inégalité mutuelle, on en vient à transformer les défavorisés sociaux en défavorisés juridiques – sans qu'il y ait en fin de compte, une véritable égalité devant la loi, « parce que l'égal deviendrait inégal pour les inégaux, si l'on ne trouve pas, par chance, la mesure juste » (Platon, *Lois*, livre IV, 757 a). Il importe donc de leur appliquer un traitement différent, de manière à compenser les inégalités sociales en faveur des plus faibles ou désavantagés, pour qu'existe une véritable égalité juridique, au sens matériel et non simplement formel du mot », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 224.

¹²²⁷ La Cour européenne des droits de l'homme, guidée par un souci constant d'effectivité des droits et libertés reconnus par la Convention, et dont les arrêts sont obligatoires pour les États condamnés, a reconnu en 1979 que « La convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », in CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. / Irlande*.

¹²²⁸ La discrimination consistant en une « distinction de droit ou de fait entre individus ou groupes aboutissant à une inégalité. Du latin *discriminatio*, « séparation », le préfixe *dis*, d'origine grecque, marquant cette idée de séparation (de même que dans « distinction ») ». Le mot date du XIXème siècle, il est d'abord utilisé en psychologie, dans le sens de « discerner ». Au XXème siècle apparaît l'idée qu'il y ait traitement différencié, inégalitaire, appliqué à des personnes humaines, notamment dans les domaines juridique et politique, par exemple en matière de discrimination raciale, sociale et sexiste. Le premier du terme de discrimination dans un texte juridique international date de 1948, aux articles 7 et 23 de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, puis dans le *Pacte relatif aux droits civils et politique* de 1966, aux articles 20 et 24, et enfin dans de nombreuses conventions concernant des

règles de portée générale, comme par exemple l'interdiction de distinctions fondées sur le sexe, la race, l'origine nationale, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, quelle que soit la condition sociale. C'est également l'interdiction d'instaurer et de jouir de privilèges, la garantie de l'égalité des chances au regard des emplois publics, le principe de l'égalité devant les charges publiques et les impôts, la règle de l'égalité entre mari et femme comme entre enfants légitimes et illégitimes, la règle « à travail égal, salaire égal », l'égalité devant les juridictions, de même qu'entre les parties au procès, etc. La relation entre la notion d'égalité et les valeurs véhiculées au sein de la société évolue dans les consciences, elle devient le précepte plutôt que l'exception et les inégalités doivent en principe être justifiées¹²²⁹ au regard du concept contemporain de dignité humaine. Ce droit à l'égalité¹²³⁰ constitue, avec le droit à la liberté, l'un des piliers essentiels de tous les droits de la personne humaine, nonobstant le fait que d'aucuns estiment qu'égalité et liberté s'opposent.

domaines spécifiques, parfois même à titre définitionnel, comme dans la *Convention OIT* n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958, la *Convention* de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960, la *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale* du 21 décembre 1965, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* du 18 décembre 1979 ; se trouve aussi dans le traité CEE aux articles 7 et 119. L'éventail lexical du terme de discrimination est très large, et la non-discrimination peut être exprimée par la non distinction, qui elle figurait déjà dans la Déclaration de 1789. Ainsi la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 se sert exclusivement de l'expression « sans distinction », dans son article 14, mais la Cour européenne interprète cette formule dans le sens de non-discrimination (par exemple dans l'affaire « linguistique belge » du 23 juillet 1968). L'apparition du terme de discrimination en droit ne constitue pas un enrichissement de fond pour la discipline, mais une réaffirmation du principe d'égalité sous la forme de l'expression de « non-discrimination », considéré aujourd'hui comme un principe fondamental du droit international des droits de l'homme. Une formulation de la notion générale de discrimination paraît toutefois difficile, du fait qu'elle correspond à deux types d'utilisations : soit une dénonciation globale dite « discrimination » d'atteintes illicites à l'égalité, soit une incorporation dans des expressions visant une situation spécifique (par exemple l'expression « discrimination positive »), in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 184.

¹²²⁹ « L'Égalité n'a pas à être justifiée, car elle est présumée juste ; l'inégalité par contre, si elle n'est pas justifiée, paraît arbitraire, donc injuste », in Charles PERELMAN, *L'Égalité*, V, p. 325.

¹²³⁰ Anne-Marie Douin-Hans estime cependant que « l'idée d'égalité, posée comme condition du bonheur collectif et de l'harmonie de la cité, a pour corollaire une identité (une *équivalence*) des citoyens qui leur fait perdre leur identité (leur *personnalité*). Les inégalités sont en fait des différences qui ont des effets hiérarchiques dans les rapports des individus entre eux. Une organisation sociale où les différences naturelles ou culturelles n'auraient d'effets ni dévalorisants ni valorisants est une vue de l'esprit, que même les utopies ne se sont pas aventurées à mettre en œuvre », in Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

Il est certain qu'en matière de droits de l'Homme, le désir de droit, le *désir de lois* est là¹²³¹, il se concrétise par une inflation normative constante depuis la signature de la DUDH en 1948¹²³²; cette inflation conduit même à une interrogation quant à la volonté prégnante de nommer, d'encadrer, de codifier le réel, car cette densité, cette complexité ne font-elles pas finalement décroître la liberté ? Souvent, on paie dans la monnaie où l'on gagne, et ce coût passe pour l'une des sources du pouvoir¹²³³. Alors, comme une pathologie issue d'un excès de tension, l'excès normatif engendre une sorte d'aboulie collective dès que se profile l'ombre d'une remise en cause.

Cette banalisation du fantasme par cette sur-énonciation peut conduire à tuer le désir. Après l'unanimisme célébré lors du bicentenaire de la DDHC française en 1989, et la commémoration mondiale du soixantième anniversaire de la DUDH en 2008, de solides ouvrages¹²³⁴ ont engagé une réflexion sur le statut symbolique et réel de ces droits en rappelant la dimension historique des droits de l'homme et son enracinement idéologique. Et de l'interrogation du fantasme de ces droits, à leur rejet, certains auteurs franchissent le pas. En devenant ce qui est « normal »,

¹²³¹ Sur ce désir de loi, v. Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan, op.cit.* p. 64. En 1815, Benjamin Constant indiquait déjà que « la multiplicité des lois flatte chez les législateurs deux penchants naturels, le besoin d'agir et le plaisir de se croire nécessaire », in Benjamin CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs, et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, 1815, Alexis Eymery, p. 59.

¹²³² Après les horreurs de la seconde guerre mondiale essentiellement, et suite à la prise de conscience de la corrélation entre la préservation de la paix et le bien-être des individus, les termes « droits de l'homme » apparaissent dans la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 ; une série de normes vouées à la protection des individus contre les États sous la juridiction desquels ils sont placés, émergent donc en droit international. Les « garanties » situées jusque-là à l'intérieur des ordres juridiques précaires et souvent antagoniques des États supposent dorénavant la référence à un élément transcendant, l'humanité de l'Homme. La résolution adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies établit une liste de droits - économiques, sociaux et culturels - mais la tension idéologique entre les États conduit à ce que ce pacte soit complété par un deuxième - civil et politique - le 16 décembre 1966. Une certaine perversion du fait du jeu de ces deux pactes, les droits promus par l'un pouvant s'exercer au détriment des droits établis par l'autre, et la nécessité de leur complémentarité, sont reconnues lors de la conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme, à Vienne, en 1993 : « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants, et intimement liés ». Viennent enfin d'une part les droits « de troisième génération » dits de solidarité, qui comprennent un droit à la paix interdisant le recours à la force, mais éminemment stérile pour les titulaires de ce droit, et d'autre part de « nouveaux droits » régulièrement découverts. On peut citer également la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987.

¹²³³ Michel SERRES, *Petite Poucette*, Éditions de Noyelles, Manifestes le Pommier, 2012, pp. 72-73.

¹²³⁴ Par exemple celui de Christine FAURÉ, *Ce que déclarer les droits veut dire*, Les belles Lettres, 2011, 544 p.

le fantasme perd sa puissance utopique. Et la transgression apparaît dans des discours qui n'hésitent pas à critiquer l'idéologie des droits de l'Homme ; contre ce qui est appelé une « morale universalisante », quand certains auteurs, comme Alain de Benoist, adoptent une posture inverse, et fustigent au passage les défenseurs des droits l'Homme, qui ne seraient que les gardiens d'une nouvelle religion¹²³⁵. Cette critique virulente a d'autant plus de prise que le fantasme de l'universalité des droits de la personne reste souvent une représentation abstraite, rarement concrétisée.

B. Le difficile accès au fantasme

Comme dans tout fantasme, un constat banal s'impose : l'universalité, pensée dans sa dimension juridique, s'apparente surtout à un idéal inatteignable. À la fois *on désire, mais sans le vouloir* car l'universalité n'est pas exempte d'apories. Les « droits de l'Homme » sont un concept imprégné d'historicité, depuis sa conception au 17^{ème} siècle¹²³⁶, à sa reprise contemporaine en droit international et européen. Aujourd'hui, cette appellation un peu surannée est remise en cause, l'idée serait d'évoquer plutôt des droits humains, non pour glisser dans le gadgetisme langagier, mais à cause de la dimension symbolique de l'expression, puisqu'il s'agit de garantir effectivement les droits de chacun et de chacune. La terminologie de l'expression « droits de l'Homme » n'est en effet pas neutre, elle représente un enjeu de pouvoir. Roger-Pol Droit le soulignait énergiquement en 2011 : « Vous parlez du genre masculin alors que vous croyez parler du genre humain, vous confondez l'espèce avec un seul genre, sans vous soucier de votre scandaleuse inconscience. Vous ne vous en tirerez pas en remarquant que l'usage, en français, distingue, depuis des temps immémoriaux, l'individu de sexe masculin (« j'ai croisé un homme et deux femmes ») et le terme générique désignant

¹²³⁵ « Il paraît aujourd'hui aussi inconvenant, aussi blasphématoire, aussi scandaleux de critiquer l'idéologie des droits de l'homme qu'il l'était autrefois de douter de l'existence de Dieu (...). De même, enfin, que les croyants pensaient naguère avoir le devoir de convertir par tous les moyens les « infidèles » et mécréants, les tenants du *credo* des droits de l'homme se considèrent comme légitimement investis de la mission d'en imposer les principes au monde entier. Théoriquement fondée sur un principe de tolérance, l'idéologie des droits de l'homme se révèle ainsi porteuse de l'intolérance la plus extrême, du rejet le plus absolu. Les déclarations des droits ne sont pas tant des déclarations d'amour que des déclarations de guerre », in Alain de BENOIST, *Au-delà des droits de l'homme, défendre les libertés*, Krisis, 2004, introduction.

¹²³⁶ Avec le Bill of rights de 1689, comme issue à la révolution anglaise de 1688 contre l'absolutisme royal ; puis la *Déclaration d'indépendance américaine* le 4 juillet 1776.

l'espèce humaine (le langage distingue l'homme de l'animal). Vous n'échapperez pas aussi facilement à la question, car c'est justement le fait d'avoir deux idées sous un seul mot qui est en cause : le masculin, et lui seul, sert à nommer l'universel ! On ne dira pas « le rire est le propre de la femme » pour dire que tous les humains rient ... de même les droits de l'homme, malgré l'universalité supposée du terme, ne sont pas, justement, les droits de l'enfant ni ceux de la femme. Voilà sans doute pourquoi on voit se répandre l'expression « droits humains ». Ce n'est pas seulement un décalque de l'anglais *human rights*. C'est une manière de souligner que l'on parle bien de tous les êtres humains, indépendamment de leur sexe, sans discrimination. Car tous les humains ne sont pas des hommes, ou encore, si l'on préfère une façon de dire plus exacte et plus étrange, tous les Hommes de sont pas des hommes »¹²³⁷.

Voilà qui met clairement en exergue le fait que la prétendue neutralité du terme d'« homme » reflète un déni historique : l'absence des femmes - notamment - en tant que titulaires de droits en 1789¹²³⁸, maintenues hors de la citoyenneté, éternelles mineures soumises à l'autorité du chef de famille. L'idée d'un passage de l'expression « droits de l'Homme » à celle de « droits humains » s'inscrirait en rupture avec une conception par trop abstraite des droits, et mettrait en lumière la personne humaine concrète, incarnée dans tout ce qu'elle est, homme, femme, intersexe, personne handicapée, enfant, étranger, riche, pauvre ... Ce serait la fin du fantasme de l'individu rêvé qui conclut le pacte social, et la reconnaissance de tous les êtres humains insérés dans leur milieu social, du plus réduit au plus large. D'où aussi sans doute l'affaiblissement de l'idée de « droits-liberté » ou de droits-créance liés à une intervention positive des pouvoirs publics, car ainsi que l'énonce Xavier Bioy, « la personne humaine se présente comme un sujet « complexe », mixte de sociabilité et d'individualité »¹²³⁹. Si l'universalisme peut trouver une prise sur un terrain juridique, il reste source de formidables dissensions. Pour créer de l'universalité, on est paradoxalement passé des droits des personnes

¹²³⁷ Roger-Paul DROIT, article paru dans *Le Monde* le 6 juillet 2001.

¹²³⁸ L'universitaire américaine Lynn Hunt qui s'est intéressée à la question de l'universalité autoproclamée des DDHC, explique que les déclarations des droits de l'homme universels au XVIIIème siècle excluaient une importante partie de la population de ses effets : enfants, malades mentaux, prisonniers, étrangers, non-proprétaires, esclaves, Noirs libres, minorités religieuses, et femmes !, in Lynn HUNT, *Inventing Human Rights. A history*, New York, W. W. Norton & Compagny, 2008, 272 p.

¹²³⁹ Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2003, p. 758.

humaines aux « droits de l'homme » et aujourd'hui aux droits fondamentaux, mais on a perdu en chemin l'humain.

Un exemple concret, entre autres, pourrait en être le vœu pieux de mettre les enfants¹²⁴⁰ étrangers sur le même plan que les nationaux. Ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'État n'appliquent dans leur intégralité les droits promus par la CIDE, la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies à New York, le 20 novembre 1989¹²⁴¹, entrée en application en France le 6 septembre 1990. Cette convention protège « l'intérêt supérieur de l'enfant », et l'applicabilité du droit international est placée, notamment, entre les mains du juge. S'il fallait faire un bilan de la jurisprudence, on verrait sans doute que l'applicabilité directe des dispositions internationales est admise dans un nombre croissant de cas, or il existe des affaires où l'attitude du juge ne manque pas de surprendre. L'applicabilité directe des textes internationaux ou européens donne en effet lieu à des jurisprudences subtiles, comme celle du 23 avril 1997, *Gisti*¹²⁴², dans laquelle

¹²⁴⁰ Définis comme tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

¹²⁴¹ La Convention relative aux droits de l'enfant est adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et signée par la France le 26 janvier 1990. Par une loi du 2 juillet 1990, le Parlement en autorise la ratification intervenue le 7 août 1990. Conformément à l'article 49 de la Convention, celle-ci entre en application en France le 6 septembre 1990.

¹²⁴² La loi Pasqua du 24 août 1993 subordonnait le bénéfice de la sécurité sociale à la régularité du séjour, et le décret du 21 septembre 1994 a précisé la liste des titres et documents attestant de la régularité du séjour et du travail des étrangers en France en vue de l'affiliation à un régime de sécurité sociale. Le *Gisti* a entrepris de démontrer que le fait de conditionner l'affiliation à la sécurité sociale à la régularité du séjour était contraire aux conventions internationales. Il appartenait donc au juge, conformément à la jurisprudence établie, d'écarter la loi incompatible avec la convention et de faire prévaloir cette dernière, ce qui impliquait d'annuler le décret, même conforme à la loi. L'arrêt rendu revêt une vraie importance car il précise les effets de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, et en particulier pour les articles 24-1, 26-1 et 27-1 relatifs au domaine de la protection sociale. Le Conseil d'État estime que ces articles imposent des obligations aux seuls États et n'ont pas d'effets directs à l'égard des particuliers ; il ne retient pas la suggestion du commissaire du gouvernement, de distinguer le recours contre un acte individuel (le refus d'une prestation) et celle d'un recours contre un acte réglementaire (le décret attaqué). Celui-ci estimait possible d'invoquer à l'appui du recours contre un acte réglementaire les dispositions d'une convention même dépourvues d'effet direct, le gouvernement ne pouvant pas édicter de règlements contraires aux obligations qu'il a consenties via une convention internationale. Par ailleurs, le Conseil d'État rejette l'argument tiré de la convention n° 118 de l'OIT du 28 juin 1962, qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour les prestations, sans condition de résidence, se bornant à constater que la fixation d'une liste de titres de séjour n'est pas incompatible avec les dispositions de la Convention. Le Conseil d'État déclare cependant que le décret réserve les droits des ressortissants ayant conclu des accords d'association ou de coopération avec les Communautés européennes, qui bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Union (ainsi, on ne pourra exiger d'eux de titre de séjour), et il admet que le décret attaqué ne fait pas obstacle

le Conseil d'État dénie l'effet direct à certaines dispositions de la convention protectrice des droits de l'enfant. Le texte ne serait pas applicable, car trop général, mais on se demande bien en quoi la reconnaissance de droits à la sécurité sociale pour un enfant étranger, serait « trop générale »¹²⁴³. De même la Cour de cassation a estimé longtemps que les termes du traité ne créaient pas de droits subjectifs précis directement invocables devant les juridictions nationales au bénéfice des enfants¹²⁴⁴, jusqu'à un revirement de jurisprudence en 2005¹²⁴⁵, et ultérieurement la création de la loi du 14 mars 2016¹²⁴⁶, mais on peut penser que l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant reste incomplète¹²⁴⁷.

au maintien des droits prévus à l'article L.161-8 du code de sécurité sociale, ni aux droits à prestations en fonction de cotisations versées avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993.

¹²⁴³ Le droit des étrangers ne manque pas d'exemples qui montrent concrètement comme l'universalité des droits de l'homme est fantasmée, et refoulée, au nom de l'ordre public.

¹²⁴⁴ Bénédicte VASSALLO, « La Convention des droits de l'enfant à la Cour de cassation », *Journal du droit des jeunes*, vol. 296, no. 6, 2010, pp. 25-33.

¹²⁴⁵ Un arrêt de principe du 18 mai 2005 (n° de pourvoi 02-201613, Bull. 2005, I, n° 212, p. 180) fonde l'application directe des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE. Dans cette affaire, les parties n'avaient relevé aucun moyen tiré de la CIDE, la Cour de cassation les relève elle d'office pour la première fois et invite les parties à s'expliquer, elle considère que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel, que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée ». En l'espèce, une enfant née en 1990 et résidant chez sa mère aux États Unis avait émis le souhait d'être entendue par le juge dans la procédure engagée par son père pour voir modifier sa résidence. L'arrêt attaqué ne s'était pas prononcé sur sa demande écrite, transmise lors du délibéré. La Cour a estimé que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant imposait à la cour d'appel d'entendre l'enfant ou bien de justifier son refus de ne pas le faire ; la cour d'appel n'ayant fait ni l'un ni l'autre, son arrêt a été cassé. La Cour de cassation aurait pu s'en tenir aux seuls articles du Code civil et du Code de procédure civile concernés, mais elle a décidé d'introduire dans le débat les articles 3-1 et 12-2 de la Convention des droits de l'enfant, opérant ainsi un revirement notable. Dans un second arrêt rendu le même jour (Cass. Civ. I, 18 mai 2005, n° de pourvoi 02-16336), la Cour utilise la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, en relevant à propos de l'organisation d'un droit de visite que « la cour d'appel qui a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant... ». Cette évolution a été soulignée par Adeline Gouttenoire, qui estime que « la CIDE a enfin trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation », *in Droit de la famille, juillet-août 2005*.

¹²⁴⁶ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

¹²⁴⁷ Encore aujourd'hui, l'application directe est en effet limitée à certains articles de la CIDE : l'art. 3-1 sur la prise en compte, dans toute décision concernant l'enfant, de son intérêt supérieur ; ensuite l'art. 12 sur l'audition de l'enfant, l'art. 7-1 sur le droit de l'enfant de connaître ses parents et enfin l'art. 9 sur le droit de l'enfant de maintenir des relations avec ses deux parents, *in* Bénédicte VASSALLO, « La Convention des droits de l'enfant à la Cour de cassation », *Journal du droit des jeunes*, vol. 296, no. 6, 2010, pp. 25-33.

Ceci montre comment on est pris dans les pièges du fantasme, et l'une de ses conséquences qui est la paralysie : à la fois *on veut et on ne veut pas*, on interprète des situations comme « menaçantes » alors que cette menace demeure imaginaire, le mystère réside entre ce que l'on veut réellement et ce que l'on fantasme. On construit un monde parallèle¹²⁴⁸, dont la frontière avec la réalité est difficile à appréhender clairement. Il y a l'idée que le fantasme d'universalité renvoie à une contrainte, à un « danger ». À la fois danger à appliquer réellement des règles qui protègent les personnes humaines dans leur universalité, mais danger aussi à la perspective que le concept-même d'universalité constitue une forme d'empire d'une catégorie de personnes sur d'autres catégories¹²⁴⁹, ou plus globalement, du modèle occidental sur d'autres modèles. Du fantasme à une certaine frénésie fanatique, il y a qu'un pas¹²⁵⁰ ; on sait que la passion peut

¹²⁴⁸ Julia Kristeva, lors d'un colloque organisé au Sénat en 1998, expliquait comment, par quels mécanismes nosographiques caractéristiques, la loi est appréhendée et comprise, entre névrose, jouissance, quérulence processive et paranoïa : « l'hystérique se plaint ainsi à séduire la loi et même à se révolter contre les interdits paternels pour mieux se faire accepter par l'autorité en narguant la loi. L'obsessionnel, quant à lui, va s'appliquer à se conformer à la loi. Certains s'y conforment tellement qu'ils ne parviennent plus à penser par eux-mêmes, leur capacité de pensée étant annihilée. À l'inverse le pervers préfère harceler la loi, non pas pour l'abolir mais pour se mettre la place du pouvoir, et l'exercer mieux, de manière mortifère. Enfin la place du psychotique, qui ignore la loi – qui la « forclot », dit Lacan. N'ayant pas de structure de la loi, celle-ci lui est inaudible » ; in Julia KRISTEVA, Actes du colloque « Vive la loi », www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi_mono.html#toc182.

¹²⁴⁹ Christine Fauré explique que ce qu'il faut entendre par l'expression « universalité des droits de l'homme » n'est jamais précisé ni dans la DDHC, ni dans la DUDH. La dimension conquérante et homogénéisatrice de la DUDH se serait construite « au mépris des différences profondes qui séparent les univers symboliques des peuples », in Christine FAURÉ, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Payot, 1988, p. 33.

¹²⁵⁰ Cf. Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, 256 p.

devenir l'alibi d'une forme de fanatisme¹²⁵¹, quand des valeurs sont imposées en son nom¹²⁵², chaque époque ayant par ailleurs ses fantasmes. Le concept d'universalité fait apparaître des mécanismes de domination auxquels il permet de s'implanter solidement. L'embarras est de ne pas savoir jusqu'où le contenu de ce fantasme est réellement voulu, et jusqu'où il peut être subi, même par les personnes qui s'emploient à défendre le principe.

Au bout du compte, dans la pratique, le droit s'émancipe du fantasme de l'universalité. Danièle Lochak, évoquant la pensée de François Julien¹²⁵³ énonce que « là où l'universel s'édicte en amont de toute expérience, le commun - ce qui se partage et qui fait appartenir au même groupe - s'enracine dans l'expérience : il y a l'universel engendré par l'abstraction à partir des individus, et il y a aussi ce qu'ont concrètement en commun des individus singuliers »¹²⁵⁴. L'universel, en

¹²⁵¹ Régis Debray y voit « la dernière en date de nos religions civiles, l'âme d'un monde sans âme », in Régis DEBRAY, *Que vive la République*, 1989, p. 173. Et à propos de religion, on peut relever que l'on retrouve une dimension d'universalisante dans le judaïsme (même s'il est communautaire et hermétique au prosélytisme) : le Lévitique (le 3^{ème} des 5 livres de la Torah) émet concrètement un commandement d'amour universel qui comprend l'étranger : « Tu aimeras ton prochain comme toi-même » (Lévitique, 19, 18), et « Vous aurez la même loi, l'étranger comme l'indigène » (Lévitique 24, 22). Quant au christianisme, il fonde l'universalité de l'Évangile : « Allez, faites de toutes les nations des disciples en les baptisant au nom du Père, du Fils et du Saint esprit, et enseignez-leur à observer tout ce que je vous ai prescrit » (Matthieu 28/16-20). Paul défend l'universalité, car le salut concerne tous les êtres humains, c'est le sens de l'*Épître aux Galates* : « (...) vous n'êtes qu'un en Jésus Christ ». Les limites de l'universalisme chrétien sont toutefois palpables, le prochain reste celui qui partage la même foi. A la fin du 15^{ème} siècle, la découverte du « Nouveau Monde » conduit à la fameuse controverse de Valladolid : les indiens sont-ils semblables ou différents des chrétiens ? Bartolomé de Las Casas affirme que les hommes sont tous sans exception créés à l'image de Dieu, et l'idée de l'appartenance universelle à une même nature humaine influence le droit. Les Lumières permettront de passer de l'universel divin à l'universel humain.

¹²⁵² Hubert Védrine montre son scepticisme quant à la légitimité d'une forme de promotion politique inefficace : « Ma réflexion porte sur la manière dont les gouvernements occidentaux se croient aujourd'hui chargés d'une mission quasi évangélique. Ils s'estiment investis d'un rôle spécial qui n'est pas sans rappeler le « fardeau de l'homme blanc » cher à Kipling. On va vacciner les enfants. On estime avoir un devoir de démocratisation. Sans comprendre que dans le monde, beaucoup de gens ne se retrouvent pas dans cette culture du prosélytisme des droits de l'homme. Je suis aussi attaché aux droits de l'homme que n'importe qui, et je ne suis pas relativiste, mais j'interroge : en quoi les européens ont une légitimité particulière à intervenir ? », in Hubert VÉDRINE, « Entretien », *Le Temps*, 24 mai 2007.

¹²⁵³ François Julien distingue d'un côté une universalité « faible », déduite d'un constat empirique, d'un jugement de fait borné par l'expérience selon laquelle telle chose se passe toujours de telle façon, et d'un autre côté une universalité forte, fondée sur l'idée que telle chose doit se passer ainsi, donc selon une invocation à un devoir être, in François JULIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, 2008, pp. 41-43, in Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Les voies du droit, PUF, 2010, p. 18.

¹²⁵⁴ François JULLIEN, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, 2008, pp. 41-43, in Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Les voies du droit, PUF, 2010, p. 18.

étant en amont des situations pratiques, s'efface dans la production des solutions juridiques qui cherchent des ressemblances avec d'autres cas, tout en n'étant jamais identiques¹²⁵⁵. Les juristes sont pris à partie pour répondre à des questions posées par les catégories du droit, ils font appel à de grands principes constitutionnels comme ceux de dignité ou de laïcité, sous-tendus par celui d'égalité en droits. Via l'émergence mondiale du concept d'humanité, la reconnaissance des identités des personnes humaines en tant que titulaires de droits opposables aux États devient de plus en plus manifeste, et le droit éclaire la notion d'universalité tout en en faisant apparaître les paradoxes qui en sont les piliers : l'universalisme abstrait implique que la règle juridique soit sourde à l'hétérogénéité, mais la nécessité de reconnaissance des identités suppose qu'elle prenne en compte les différences de conditions, qu'elle puisse transiger pour atteindre une effectivité réelle. L'idée d'universalisme implique qu'elle fasse abstraction de caractéristiques individuelles telles que l'origine ou le sexe¹²⁵⁶, mais également de leurs affiliations, de leurs appartenances, de tout ce qui les lie à un groupe identitaire particulier. Le déni¹²⁵⁷ de la différence, initié comme une protection contre les discriminations, peut cependant empêcher certains groupes de jouir de leurs droits fondamentaux. Or, le respect de l'altérité nécessite de tenir compte des dissimilitudes, constitutives des identités individuelles, et d'envisager même les identités collectives, ce qui conduit à moduler l'application des règles de droit, à se départir de formulations abstraites ou uniformes, et à reconnaître de façon permanente des droits spécifiques aux minorités, c'est-à-dire de gérer concrètement les différences.

Ainsi, on constate une situation curieuse : si l'universalité *est*, en même temps, elle *n'est pas*. Ce paradoxe crée une tension fondamentalement déplaisante, elle fait basculer du fantasme au refoulement¹²⁵⁸ : au nom du pragmatisme, et peut-être dans une stratégie d'évitement de la

¹²⁵⁵ Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 9.

¹²⁵⁶ Dominique Schnapper indique que l'établissement de statistiques ethniques est inéluctable, démocratiquement justifié, mais qu'elles sont socialement dangereuses, *in* Dominique SCHNAPPER, « État des lieux, état des problèmes », ouverture du colloque « Statistiques « ethniques », organisé à Paris le 19 octobre 2006 par le Centre d'analyse stratégique. Actes téléchargeables sur : http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=339.

¹²⁵⁷ Comme refus de reconnaître la réalité de perceptions dérangeantes.

¹²⁵⁸ Refoulement qui (avec la satisfaction et la sublimation), est l'un des destins de la pulsion.

frustration - alors qu'elle est le corollaire du refoulement - on ne s'autorise pas à en parler véritablement¹²⁵⁹.

II. Des identités refoulées

Nos sociétés sont entrées de façon durable dans le fantasme de l'universalité, de la négation de la différence et des conflits. Si on admet l'universalité, le rejet de l'altérité est consubstantiel et certaines identités paraissent présenter des différences inacceptables. Mis à part celles autorisées par l'État, nous refoulons quantité d'identités, nous laissant envahir par l'idée que ce qui entrave l'universalité et l'unité est potentiellement « ennemi », ou du moins source d'inimitiés. Cette mise à distance des identités au nom de l'universalité est un phénomène courant, banalisé (A), source de crises profondes (B).

A. La mise à distance des identités au nom de l'universalité

La mise à distance n'est pas rare en matière d'identité. Le droit garde le silence sur la situation de certaines personnes¹²⁶⁰, il est dans l'évitement, il laisse dans l'ombre certaines minorités, et la question se pose de l'origine de cette tension¹²⁶¹, de ce malaise, de la genèse du non-formulé. La position d'esquive que traduit l'absence de parole ou l'absence de texte¹²⁶², le fait de

¹²⁵⁹ En cela, l'ouvrage de Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité* (Les voies du droit, PUF, 2010, 254 p.) fait figure d'exception.

¹²⁶⁰ L'histoire des Harkis en témoigne. Hélène Chauchat explique que le non-dit du groupe social constitue une part importante de l'identité des sujets, spécialement en ce qui concerne les exclus. Elle écrit que « le silence fait autour de certains événements de l'histoire d'un groupe ne peut annuler ce qui a été, mais empêche en revanche toute élaboration. Il persiste comme un arrêt sur image qui resterait en surimpression. Les guerres, les massacres, les retournements politiques qui font passer les alliés d'un jour du côté des traîtres, sont autant d'événements qui, selon la symbolisation qui en est faite, fixent ou modifient des aspects de l'identité sociale, c'est-à-dire des mécaniques identitaires spécifiques », in Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, op. cit., p. 17.

¹²⁶¹ Sigmund Freud explique que « les objets préférés des hommes, leurs idéaux, découlent des mêmes perceptions et expériences que les objets qu'ils ont le plus en horreur ; ils ne se distinguent les uns des autres, à l'origine, que par d'infimes modifications. Il se peut même se faire comme nous l'avons vu dans la genèse du fétiche, que le représentant pulsionnel originaire ait été divisé en deux morceaux, dont l'un a subi le refoulement, tandis que le reste, précisément en raison de cet intime connexion, a reçu le destin de l'idéalisation », in Sigmund FREUD, *Métapsychologie*, op. cit., pp. 51-52.

¹²⁶² Vincent AUBELLE assimile l'impossibilité juridique de légiférer, d'encadrer certains éléments du réel, à la notion scientifique de point d'aveugle (le point d'aveugle, dit aussi tache d'aveugle ou point de Mariotte, est l'unique petite partie de la rétine, où, en l'absence de tout photorécepteur, l'œil ne peut

repousser des représentations déplaisantes, plus ou moins inacceptables, incompatibles avec le maintien d'un certain confort psychique, si difficile qu'il est plus commode de les « oublier », tiennent du refoulement¹²⁶³.

Dans le langage courant, être refoulé signifie être contraint par diverses pesanteurs, voir sa liberté comme entravée, voilée, le refoulement imprimant sa visibilité à travers des signes dits « symptômes »¹²⁶⁴ qui émergent¹²⁶⁵, sans qu'apparaisse pour autant l'instance qui refoule, ni

rien voir, il est totalement aveugle, inefficace) ; il décrit la gestion de crise comme l'exemple même du décalage entre la recherche de règles plausibles, et leur inutilité dans leur rencontre avec ce point d'aveugle, quand des solutions « hors droit » sont adoptées, bonnes ou mauvaises, par des personnes en situation de péril grave : l'exemple qu'il donne dans son livre *La loi sur le divan* (Berger Levrault, Au fil du débat Essais, 2019, pp. 101-102), est celui de l'accident nucléaire de mars 2011 à Fukushima : deux imprévus se conjuguent, un séisme et un tsunami d'une ampleur exceptionnelle, de telle sorte que tous les paramètres prévus par les manuels de sécurité sont largement dépassés. Le directeur de la centrale nucléaire, confronté à la nécessité absolue de refroidir les réacteurs nucléaires, prend l'initiative de se servir d'eau de mer, sans en informer ses autorités de tutelle. Autre politique de gestion concrète des règles dans ce même contexte de confrontation dramatique à la réalité, celle du directeur adjoint de l'école d'Okawa, qui dispose d'un manuel dit « Plan éducatif » contenant un ensemble de directives consacrées à l'institution scolaire, dont une section dédiée aux catastrophes naturelles, laquelle préconise comme lieu d'évacuation la cour de l'école, un terrain proche, ou un jardin public. À l'inverse d'autres directeurs, il se conforme scrupuleusement au protocole inadéquat, plutôt que de fuir avec ses élèves sur les collines environnantes. Le résultat en est la mort de tous, in Richard LLOYD PARRY, *Les fantômes du tsunami*, 2018, Payot, p. 151 et s.

¹²⁶³ Au sens ancien, *refoler* s'emploie au sens de « refluer », « monter », il y a une idée de pression, de « pousser en arrière » ; puis le mot prend le sens de « comprimer » et enfin, au 18^{ème} siècle, de « faire rentrer en soi (ce qui veut s'exprimer) » ; cette signification se diffuse avec la psychanalyse pour signifier « éliminer inconsciemment » (un désir), v. « refouler » in Alain REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française, L'origine et l'histoire des mots racontés par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, Tome II, p. 1989. Le refoulé est en psychanalyse à la fois un nom et un adjectif, il s'agit de représentations désagréables, inquiétantes, qui sont repoussées et maintenues dans l'inconscient par le psychisme. Ce processus évite à l'individu d'être submergé et déstabilisé par ses propres désirs et par ses sentiments, et en même temps il génère une inévitable frustration. Le refoulement n'est pas total ; ce qui a été refoulé peut revenir, du moins en partie, c'est le « retour du refoulé », entre autres sous forme de rêves, de lapsus, actes manqués, de symptômes.

¹²⁶⁴ Le symptôme est une formation de l'inconscient, structuré comme un langage ainsi que le dit Jacques Lacan qui reprend la thèse freudienne. Le symptôme désigne métaphoriquement un conflit psychique, la relation chez une personne entre la partie invisible d'elle-même, l'inconscient, et la partie visible. Le symptôme fait trace d'une impasse, d'un tiraillement entre le désir et l'interdit, il est une manière de parole indirecte, une forme d'expression, c'est une manifestation qui a toujours du sens. À travers le symptôme, l'inconscient se dévoile, tout en restant obliéré. Le symptôme est une forme de langage qui permet à une personne de dire de façon cryptée ce qu'elle refoule. Le symptôme génère une perte et un gain, car il fait souffrir et en même temps il protège face à l'angoisse. Comme la poussée pulsionnelle est constante, le maintien du symptôme constitué exige un important quantum d'énergie. Pour lever le voile, la psychanalyse recherche les non-dits des symptômes dans l'investigation du savoir inconscient.

¹²⁶⁵ Le phénomène du lapsus est un exemple de « retour du refoulé » qui parfois ne manque pas de piquant. Vincent Aubelle dans son ouvrage *La loi sur le divan* (Berger Levrault, Au fil du débat, Essais,

pourquoi, ou comment elle refoule¹²⁶⁶. Ce phénomène ramène à l'insoluble paradoxe du *Ménon* de Platon : si je sais ce que je cherche, je n'ai plus besoin de le chercher, mais si je l'ignore, je n'ai aucune chance de pouvoir y arriver¹²⁶⁷. Mais l'irrationalité de ce mécanisme n'est qu'apparente, car le refoulement est rationnel, logique : c'est un mécanisme de défense à l'encontre de ce qui semble être sans solution.

Le refoulement est un concept fondamental en psychanalyse¹²⁶⁸, il en est même issu puisque sans refoulement, pas d'inconscient, pas de compréhension des motifs ultimes et enfouis de la

2019, p. 20), en recense quelques-uns, lâchés fugitivement par des responsables politiques : Robert André Vivien, lors de la discussion d'un projet de loi concernant la pornographie, annonce vouloir « durcir le sexe » au lieu de « durcir le texte », Brice Hortefeux évoque à la radio des « empreintes génitales » plutôt que digitales, Claude Guéant, devant l'Assemblée, intervertit « gode électoral » et « Code électoral », Rachida Dati confond « fellation » et « inflation », Jean-Marie Le Pen prononce « pine de mort » plutôt que « peine de mort », Nicolas Sarkozy indique en 2005 qu'il a l'intention de « mettre au service des injustices plus de moyen » alors même qu'il expose sa politique de justice. Une émission télévisée (*Le Quotidien*, animée par Yann Barthès, le 4 février 2019) livre un florilège de lapsus récents : Stanislas Guérini cite le président Macron allant à « l'encontre », plutôt qu'à « la rencontre » des élus locaux, un ancien président de l'Assemblée Nationale, François de Rugy évoque l'Assemblée « composée de ses députains » au lieu de « députés » ; Édouard Philippe dit que la France est une nation qui veut continuer de « sucer » au lieu de « susciter » de grands champions ; Éric Woerth parle de l'immigration que l'on « méprise » au lieu de « maîtrise » ; un invité à la radio interpelle Jean-Jacques « gourdin » au lieu de Bourdin ; Christophe Castaner rappelle les attentats du « ramadan » au lieu de « Bataclan » et dit que le Premier Ministre met en œuvre une « polémique » au lieu de « politique » ; une journaliste annonce Gilbert « connard » au lieu de « Collard » ; Bruno Lemaire parle du ministre de l'intérieur Gérard « le con » au lieu de « Collomb » ; le député Thierry Solère indique qu'il a « volé » la loi sur la moralisation, plutôt que « voté » ; Gérard Collomb annonce que si quelqu'un aime la France, par exemple sa langue, c'est « Emmanuel Le Pen ».

¹²⁶⁶ C'est-à-dire sans que l'on sache comment se fait le tri entre ce qui doit être refoulé, et ce qui peut accéder au conscient, ni *qui* effectue ce tri.

¹²⁶⁷ Platon pensait avoir découvert la solution de ce paradoxe en énonçant la théorie de la réminiscence qui n'est pas sans parenté avec celle de la psychanalyse : l'âme séparée du corps avant la naissance, baignée dans le monde des Idées, sait toutes les vérités ; elle les oublie une fois rattachée au corps qui naît. L'âme oublie tout ce qu'elle sait de toute éternité, mais qui est sans intérêt dans le commerce avec les choses qui exige plutôt les sens. Apprendre signifie donc se souvenir, cela présente donc une utilité puisque l'on a tout oublié, et c'est également possible puisque l'on sait tout, sans le savoir. Mais si l'on sait déjà ce dont on doit se souvenir, c'est que l'on s'en souvient encore ; et si on l'ignore, comment pourra-t-on découvrir ce que dont on voudrait se rappeler ? Et le paradoxe rebondit ...

¹²⁶⁸ Le refoulement est la pierre angulaire sur laquelle repose tout l'édifice de la psychanalyse. Sigmund FREUD, dans son ouvrage *Métapsychologie* (*op. cit.*, pp. 45-63), indique que quand une *pulsion* procure un déplaisir d'une puissance supérieure à celle du plaisir, c'est-à-dire quand sa satisfaction est inconciliable avec d'autres fins, elle se heurte à une *résistance* qui la rend inefficace par la voie du refoulement. Ce refoulement consiste en un moyen terme entre la fuite et la condamnation, *il met à l'écart du conscient*. Le premier stade du refoulement est le *refoulement originnaire*, c'est-à-dire que le représentant-représentation psychique d'une pulsion se voit refuser sa prise en charge par le conscient. Ensuite vient le refoulement proprement dit, c'est un refoulement après-coup : le représentant de la pulsion reste dans l'inconscient et continue de s'organiser il forme des rejets et crée des liaisons qui

psyché. La conscience en est le fruit : le refoulement réussi permet de penser avec une certaine continuité, puisque ce qui pose problème est rejeté via le refoulement et se traduit par des réponses qui déplacent et transforment la problématique initiale. Ce qui ne peut être résolu est écarté, tout en pouvant laisser quelque trace qui consiste en une déformation de la représentation. Le refoulé fondamental en lui-même - dit refoulement originaire - reste ignoré, seuls des « rejets de l'inconscient »¹²⁶⁹, qui en sont les indices, permettent à la problématique de base d'émerger sous une forme dérivée, en conduisant à des solutions qui paraissent la résoudre, mais qui avalent, qui gommant les problèmes, mystifiant à la fois le locuteur et son auditoire.

Le refoulement correspond donc à la manière dont une personne, une société, mais aussi une science comme celle du droit, se construisent à travers certains éléments et expriment leur historicité via l'articulation de mécanismes très profonds¹²⁷⁰. C'est ce qui peut se passer lorsque, au nom de l'universalité, des identités sont hiérarchisées (l'identité nationale est supérieure à l'identité régionale), et que certaines minorités sont censurées. Des exemples de refoulement

troublent la relation de l'inconscient au conscient. Le représentant de la pulsion, soustrait au conscient par le refoulement, « prolifère dans l'obscurité », et développe une force trompeuse qui est « le produit d'un déploiement non inhibé dans le fantasme ». Les *rejets du refoulé*, suffisamment éloignés du représentant refoulé parce qu'ils ont été déformés ou parce qu'ils se sont intercalés avec des intermédiaires, peuvent accéder au conscient. Plus ils s'éloignent du refoulé originaire, mieux ils parviennent au conscient. Il reste à reconstituer une traduction de ce qui a été refoulé, sachant que le refoulement est *individuel*, ce qui signifie que chaque rejeton du refoulé peut avoir un destin particulier, et que l'amplitude de la déformation change le résultat du tout au tout. Le refoulement est également *mobile*, il n'a pas de succès durable, le refoulé exerce une pression continue vers le conscient, et l'y maintenir n'est possible qu'au prix d'une contre-pression qui elle-même nécessite un large investissement énergétique.

¹²⁶⁹ Les « rejets de l'inconscient » sont « un terme souvent utilisé par Sigmund Freud dans le cadre de sa conception dynamique de l'inconscient : celui-ci tend à faire resurgir dans la conscience et dans l'action des productions en connexion plus ou moins lointaines avec lui. Ces dérivés du refoulé font à leur tour l'objet de nouvelles mesures de défense », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 403. Les rejets de l'inconscient sont en lien avec la théorie des deux temps du refoulement ; ce qui a été refoulé dans un premier temps (ce que l'on appelle le refoulement originaire), a tendance à faire à nouveau irruption dans le conscient sous forme de rejets (comme en jardinage les repousses vigoureuses de ce que l'on taille) exposés à un second refoulement. L'inconscient exerce donc une pression permanente en direction de la conscience. Sigmund Freud note que « Quand ces rejets se sont suffisamment éloignés du représentant refoulé, soit parce qu'ils se sont laissés déformer, soit parce qu'ils se sont intercalés plusieurs intermédiaires, alors, sans plus d'obstacles, ils peuvent accéder librement au conscient. C'est comme si la résistance du conscient à leur endroit était fonction de leur éloignement par rapport au refoulé originaire », in Sigmund FREUD, *Métapsychologie, op. cit.*, p. 50.

¹²⁷⁰ Raymond Aron disait que « Les hommes font l'histoire, mais ils ne savent pas l'Histoire qu'ils font », in Raymond ARON, *Leçons sur l'histoire : cours du Collège de France (1972-1974)*.

sont à la fois difficiles à faire apparaître, mais nombreux, et bien souvent, on les comprend après coup, on les décèle lorsque le voile se déchire.

C'est la situation criante des femmes¹²⁷¹ qui pendant longtemps ont eu le statut d'oubliées dans les discours et déclarations des droits de l'homme. Elles ont même été exclues de l'Homme : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 n'était pas faite pour elles¹²⁷². Et lorsqu'en 1791 des femmes menées par Olympe de Gouges ont voulu compléter le texte de 1789 en proclamant une Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, elles ont été persécutées et leur meneuse guillotinée. Encore aujourd'hui, l'expression « droits humains » peine à être reconnue en France alors que la plupart des pays européens se sont convertis aux « *humans rights* ».

Le mot « universel » est aussi utilisé en matière de suffrage et d'élection pour faire croire à une élection qui rassemble toute une communauté nationale mais laisse dans l'ombre des pans entiers de la population. Comme s'est posée la question du droit de vote des personnes handicapées¹²⁷³, se pose la question récurrente du droit de vote des étrangers qui résident en France¹²⁷⁴, mais aussi celle du droit de vote des personnes non majeures.

¹²⁷¹ Le bicentenaire de la Révolution a été l'occasion de souligner la défaite historique des femmes en 1789 ; la loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires, réservait le vote aux citoyens actifs, excluant les femmes de fait, sans même les nommer. Quelques images frappantes demeurent, entre autres, celle d'Olympe de Gouges, auteur de la déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, guillotinée. Le 30 octobre 1793, Jean-Pierre-André Amar, au nom du Comité de Sûreté générale, posait « sérieusement », dans son rapport (v. Juris Associations n°277 du 15 avril 2003 faisant références à des collections de lois collectées en 1834 et 1843), la question de savoir si les femmes avaient la force morale et physique d'exercer des droits politiques.

¹²⁷² Entre autres exemples, le contrat conjugal, pièce maîtresse du nouvel ordre social, explicitait comme jamais les non-droits des femmes, dont l'ampleur était effarante au début du 19^{ème} siècle avec le tout nouveau Code civil.

¹²⁷³ Pour les personnes handicapées physiques, l'accessibilité des locaux de vote est une obligation fixée par le Code électoral (art. L. 62-2 et D. 56-1 à D. 56-3). Quand elles sont dans l'impossibilité physique de procéder aux opérations de vote, elles peuvent être assistées par un électeur de leur choix (à l'exception des mandataires judiciaires à leur protection et des personnes les accueillant, intervenant ou les prenant en charge dans les établissements sociaux, médico-sociaux et sanitaires, ou travaillant à leur service, c'est l'art. L. 64). Pour les personnes handicapées mentales, l'art. 11 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice abroge l'article L. 5 du Code électoral. Les majeurs en tutelle privés de leur droit de vote par une décision de justice recouvrent ce droit, moyennant leur inscription sur les listes électorales.

¹²⁷⁴ Aucune évolution depuis le Traité de Maastricht en 1992 : tous les pays de l'Union européenne permettent aux ressortissants des pays membres de voter aux élections locales et régionales, sachant que le traité n'a été appliqué en France qu'à partir de 2001, et que ces étrangers ne sont toutefois pas éligibles

Le fait d'occulter des identités au nom de l'universalité n'est pas sans conséquence car non seulement le sentiment d'appartenance de certaines personnes à un groupe est nié, mais les violences dont elles deviennent les cibles sont étouffées. Ainsi, la prévention des violences sexuelles à l'encontre des femmes a été en partie freinée au nom d'une universalité qui profitait aux hommes¹²⁷⁵. Plus largement, on constate que l'universalité n'empêche en rien différentes formes de violence, banalisées dans les pratiques de l'État¹²⁷⁶, lequel multiplie les réglementations dérogatoires et érige sa propre violence en monopole légitime¹²⁷⁷. Très

comme maires ou adjoints, puisqu'ils ne peuvent participer à la désignation des sénateurs, incarnations de la souveraineté nationale. Les étrangers extérieurs à l'UE ne disposent toujours pas du droit de vote sur le sol français, et la question de cette réforme constitutionnelle (qui nécessite donc une majorité des trois cinquièmes du Parlement) resurgit lors de chaque campagne présidentielle.

¹²⁷⁵ V. sur ce point la thèse de Dorine LLANTA, *La prévention et répression des violences sexuelles en droit comparé et international*, 2019, Thèse dactylographiée, Université de Perpignan *via domitia*, (dir). Jacobo Rios.

¹²⁷⁶ Mathieu Doat indique que le processus de refoulement ne peut être perçu comme un simple écran, son mécanisme conduit à modifier nos perceptions et à consentir à la violence d'État qui fait souffrir les corps et contraint les esprits, *in* Mathieu DOAT, « Refoulement et fondations institutionnelles : le crime caché », *in* Jacobo Rios et Claire Picod (dir.), *Pulsions criminelles : Entre réalité et fictions*, Mare et Martin, Droit privé et science criminelle, 2019, pp. 147-156.

¹²⁷⁷ Après les attentats du 13 novembre 2015, la France informait le Conseil de l'Europe de son intention de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme, du fait de l'adoption de l'état d'urgence, l'article 15 de la Convention prévoyant cette possibilité en cas de danger public menaçant la vie de la nation (cet article dispose qu'« En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international »). Le guide de l'article 15, édité par la Cour européenne des Droits de l'Homme au 31 décembre 2018 détaille ce qu'elle entend par « dérogation en cas d'état d'urgence », par le résumé d'une série de jurisprudences choisies parmi les arrêts importants et récents. Le terme de « danger public menaçant la vie de la nation » correspond entre autres à celui d'un contexte de terrorisme et d'attentats, c'est-à-dire « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État » (Lawless c./ Irlande, § 28), et « la réalité de la menace dirigée contre la vie de la nation doit s'apprécier principalement au regard des faits connus à l'époque de la dérogation. Cependant, rien n'empêche la Cour de tenir compte d'éléments apparus ultérieurement (A. et autres c./ Royaume-Uni, § 177). La Cour précise - sans préciser réellement - ce que signifie « la stricte mesure où la situation l'exige », et l'on voit que cette mesure reste floue et permissive : « Il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de « la vie de sa nation », de déterminer si un « danger public » la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer » (Irlande c./ Royaume-Uni, § 207). Quant à l'éventuelle contradiction avec le droit international, la Cour ne les examine *proprio motu* « qu'en cas de nécessité » (Lawless c./ Irlande, § 40). L'article 15 §2 de la Convention énonce qu'il ne peut être dérogé à l'article 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements), mais les allégations d'actes de torture doivent être étayées par des éléments de preuve

révélateur de cet état d'esprit, le lapsus récent du Président de la République Emmanuel Macron qui annonce en novembre 2018 que nous « sortirons de l'État de droit », plutôt que de « l'état d'urgence ». Ainsi, est-il possible de voir dans cette erreur de langage, un désir inconscient. Il reste certain que le discours de l'universalité impose une identité du « même », qui produit un effacement problématique des différences. Il aboutit à une censure discursive, et quand il exclut des représentations problématiques, il renseigne sur l'ampleur de son refoulement qui est le propre de toute histoire individuelle, mais aussi sociale et institutionnelle. Une société de l'universalité ne connaît que des « terroristes » ou des « déviants ».

B. Malaise dans l'identité

Nos sociétés sont caractérisées entre autres par des crises identitaires. Nous sommes à la recherche de ce que nous sommes et il a fallu sans doute du temps pour en entendre tous les symptômes, pour en repérer les non-dits. Il peut être douloureux de s'apercevoir que l'amour de l'universalité est plutôt un fantasme, et il est impossible de prendre la mesure de nos refoulements et de la violence qui en découle.

Il est en effet difficile de « faire face » au fantasme, pour échapper à l'impasse¹²⁷⁸. On peut parfois admettre que tel groupe local ne soit pas en accord avec le moule national ou européen ou encore que telle minorité sexuelle puisse revendiquer d'être reconnue, mais on continue de considérer leurs situations comme dérogatoires. Nous restons attachés à une « vision prométhéenne de la loi qui tendrait à faire croire que la raison peut embrasser et répondre à toutes les situations »¹²⁷⁹, et à toutes les configurations personnelles. Quand le législateur s'abstient de légiférer et se dérobe à ce qui le met en difficulté, inconsciemment ou délibérément,

appropriés (un faisceau d'indices concordants), permettant d'établir les faits au-delà du doute raisonnable, et de penser que ces faits ont atteint un minimum de gravité. En tout état de cause, on sait que les sévices physiques et psychiques n'étant pas forcément visibles, ni prouvables, les mauvais traitements au motif de sécurité publique et d'intérêt général restent monnaie courante, les « crimes fondateurs » de l'ordre ne sont pas des fictions. V. à ce sujet notamment l'ouvrage de Philippe SEGUR, *Le pouvoir monstrueux*, Buchet -Chastel, 2010, 146 p. L'histoire institutionnelle française a été, et reste, parsemée de crimes sanglants plus ou moins refoulés ou avoués ; v. l'ouvrage de Pierre VIDAL-NACQUET, *Les crimes de l'armée française, 1954-1962*, La découverte, Essais, 2006, 196 p.

¹²⁷⁸ L'impasse étant aussi le lieu où sédimentent écueils et étapes avant que se révèle leur fécondité dans l'élaboration théorique.

¹²⁷⁹ Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan*, Berger Levrault, Au fil du débat Essais, 2019, p. 105.

plutôt que d'inventer une voie non encore tracée, il peut mettre à l'écart ce qui crée difficultés insolubles et tensions, comme autant de « déplaisirs » au sens freudien, censurés et congédiés.

Ce processus aussi efficace qu'effectif - cette efficacité et cette effectivité étant propres au refoulement - maintient les problèmes dans l'implicite, hors du champ des réponses. Il donne l'impression que le malaise est surmonté. Il peut l'être notamment grâce à la rhétorique, outil essentiel aux juristes qui permet de dissimuler, de styliser des réponses qui semblent annuler les questions, comme si elles ne se posaient plus¹²⁸⁰ ; les seules formulation et qualification des faits opèrent déjà un refoulement des questions hors du champ des réponses où ces dernières sont spécifiées comme telles à leur tour. Sigmund Freud, analysant le phénomène de rationalisation, notait que la rhétorique, par sa faculté de refoulement des questions dans ce qui les annule, se présente comme le langage de l'inconscient¹²⁸¹. Ainsi, l'enchantement des figures, les métaphores¹²⁸², les métonymies¹²⁸³, telles des tours de passe-passe, ne cessent de tisser la trame du langage de l'inconscient qui code les problèmes, dont toutes les métamorphoses affleurent le perceptible¹²⁸⁴.

¹²⁸⁰ Cf. Michel MEYER, *Qu'est-ce que le refoulement*, L'Herme, Carnets, 2012, p. 15.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 16.

¹²⁸² Au sens lacanien, la métaphore est le processus qui consiste en la substitution d'un signifiant par un autre, le premier devenant « refoulé ».

¹²⁸³ La métonymie signifie communément la permutation de la désignation d'un concept par un autre, ces deux concepts étant liés par une relation nécessaire. Au sens freudien, la métonymie est l'équivalent du processus de *déplacement* (v. note suivante).

¹²⁸⁴ Entre autres sous l'aspect de *déplacements* et de *condensations* : les déplacements se retrouvent de façon générale dans toute formation de l'inconscient, ils correspondent au « fait que l'accent, l'intérêt, l'intensité d'une représentation est susceptible de se détacher d'elle pour passer à d'autres représentations originellement peu intenses, reliées à la première par une chaîne associative. Un tel phénomène particulièrement repérable dans l'analyse du rêve se retrouve (...) d'une façon générale, dans toute formation de l'inconscient. La théorie psychanalytique du déplacement fait appel à l'hypothèse économique d'une énergie d'investissement susceptible de se détacher des représentations et de glisser le long des voies associatives. Le « libre » déplacement de cette énergie est l'un des caractères majeurs du processus primaire (*note : le processus primaire peut être défini comme un déplacement de la totalité de l'énergie d'une représentation sur une autre*) tel qu'il régit le fonctionnement du système inconscient », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 117). Ainsi, dans les diverses formations où il est repéré par l'analyste, le déplacement a une importante fonction défensive. Sigmund Freud indique que « par le processus du déplacement, une représentation peut abandonner à une autre représentation tout le quantum de son investissement », in *Das Unbewusste*, 1915, G. W., X., 285 ; S. E., XIV, 186 ; Fr., 130. La condensation est « un des modes essentiels du fonctionnement des processus inconscients : une représentation unique représente à elle-seule plusieurs chaînes associatives à l'intersection desquelles elle se trouve. Du point de vue économique elle est alors investie des énergies, qui, attachées à ces différentes chaînes, s'additionnent sur elle. On voit la condensation à l'œuvre dans le symptôme (...). Elle se traduit par le fait que le récit manifeste, comparé au contenu latent, est laconique : il en constitue

Une chose est toutefois certaine. L'ampleur du refoulement est grande et la violence qui en résulte est considérable. Loin d'être unifiées, les sociétés qui refoulent les différences sont chargées d'une violence identitaire extrême. Sigmund Freud nous rappelle d'ailleurs que toute fondation identitaire est violente¹²⁸⁵. L'histoire identitaire est invariablement teintée de « rouge sang »¹²⁸⁶, et ses étapes sont parsemées de crimes sanglants plus ou moins avoués¹²⁸⁷. Ces crimes identitaires prennent des formes variées. Ce sont des massacres de population, des génocides planifiés dont on veut ignorer les reflux nauséabonds¹²⁸⁸, des assassinats

une traduction abrégée », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 89. Dans *Psychopathologie de la vie quotidienne*, et dans *Le mot d'esprit et ses rapports avec l'inconscient*, Sigmund Freud explique que la condensation - fondatrice de la mécanique du trait d'esprit, de l'oubli de mots, de lapsus, etc. - est un phénomène particulièrement sensible qui atteint les mots et aboutit aux néologismes.

¹²⁸⁵ Sigmund FREUD, *Totem et tabou*, PUF, Quadrige, 2015, 222 p.

¹²⁸⁶ V. l'ouvrage passionnant de Lydie Bodiou et de Véronique Mehl : « L'imaginaire collectif contemporain perçoit l'Antiquité comme sanguinaire. Sur scène, dans l'arène, sur le champ de bataille ou dans les sanctuaires, le sang coule. Porteur de vie et de mort, il est autant souillure qu'élixir, il a quelque chose de mystérieux ; il coagule ou non, il pervertit ou soigne. Le sang, c'est celui que l'on transmet à ses fils, celui des liens familiaux qui déterminent l'appartenance à une lignée ou l'exclusion, c'est aussi le grand baromètre de la vie, celui des saisons du corps féminin ou qui sourd de la blessure du guerrier, l'un donne la vie, l'autre la reprend. Ambivalent, impur et vital, mortifère et magique, le sang recèle tous les fantasmes et toutes les peurs de l'Antiquité. Mais la fascination et la répulsion qu'il exerce sur les Anciens nous sont-elles si étrangères ? », in Lydie BODIOU et Véronique MEHL, *Rouge sang, Crimes et sentiments en Grèce et à Rome*, Les Belles Lettres, Signets Belles lettres, 2015, 4^{ème} de couverture.

¹²⁸⁷ V. à propos d'une période récente l'ouvrage de Pierre VIDAL-NACQUET, *Les crimes de l'armée française, 1954-1962*, op. cit., 196 p.

¹²⁸⁸ Vincent AUBELLE, dans son livre *La loi sur le divan*, (op. cit., pp. 105-109) explique que si l'on interroge la loi comme expression du refoulé dans le lien qu'elle entretient avec l'histoire, la manière dont le législateur inscrit certains faits historiques dans la législation, via des lois mémorielles, est intéressante et révélatrice. En effet, la loi du 13 juillet 1990 interdit le négationnisme du génocide des juifs, la loi du 29 janvier 2001 reconnaît le génocide arménien, la loi du 21 mai 2001 reconnaît la traite et l'esclavage comme crime contre l'humanité, et la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés. Ces lois, exemptes de dispositions normatives, appellent plusieurs réflexions. Pourquoi, à l'inverse de l'organisation des Nations Unies, la France ne reconnaît-elle pas le génocide commis par les Khmers rouges au Cambodge entre 1975 et 1979, et celui des Tutsis, perpétré au Rwanda en 1994 ? Vincent Aubelle indique que « la mémoire, qui relève d'un processus individuel, n'est autre que la limite posée par la conscience du sujet entre, d'une part sa capacité à se remémorer certains faits et autres événements, et, d'autre part, ceux qu'il a refoulés. La loi mémorielle devient alors l'expression d'une confession, celle où il y a un dévouement du refoulé surgit : l'inscription dans la loi doit permettre de sortir de la situation d'intranquillité qui prévalait antérieurement (...). Lorsque l'histoire devient un objet juridique qui appartient au Parlement ou à l'autorité judiciaire, nous ne faisons que reprendre l'acception développée par de nombreuses tyrannies du XX^{ème} siècle : celle de la mainmise sur la mémoire et de son contrôle dans ses recoins les plus secrets ». En février 2018, pour défendre la réputation de la République polonaise, la Diète et le Sénat polonais adoptaient une loi visant à punir d'une peine de trois ans d'emprisonnement quiconque

mythiques¹²⁸⁹ ou des guerres massives¹²⁹⁰, quand les pères envoient leurs fils à la mort¹²⁹¹. « L'institution, c'est le gouvernement des vivants par les morts », écrit René Lourau¹²⁹². Et si aujourd'hui le sang ne coule pas toujours, la violence fondatrice demeure¹²⁹³. Corses, catalans, homosexuels, transgenres, intersexuels, peuvent, entre autres, en témoigner.

L'histoire, en s'accélégrant, bouscule les réponses existantes, et quand la société est ébranlée dans le réel, de grands textes juridiques nationaux et internationaux marquent cette évolution. Mais certaines réponses sont problématiques du fait que l'individu est métaphorisé et objectivé. L'élaboration, l'adaptation des réponses juridiques qui visent à construire l'identité de la personne humaine dans son universalité la transforment en figure ; ces réponses réinterprètent

viendrait à « attribuer à la nation ou l'État polonais, de façon publique, et en dépit des faits, la responsabilité ou la coresponsabilité des crimes nazis commis par le III^{ème} Reich allemand, de crimes de guerre ou d'autres crimes contre la paix et l'humanité, indépendamment de la législation en vigueur sur le lieu du délit » (*in Le Monde*, 1^{er} février 2018). Non seulement cette prohibition a pour conséquence un double appauvrissement, sémantique et réflexif, mais elle suscite une tension palpable autour de la vérité. Le législateur qui refoule et censure l'histoire concourt à l'établissement d'un dogme, au sens ou Sigmund Freud définit la religion : « La religion porte préjudice à ce jeu du choix et de l'adaptation, du fait qu'elle impose à tous de la même façon sa propre voie pour l'acquisition du bonheur et la protection contre la souffrance. Sa technique consiste à rabaisser la valeur de la vie et à déformer de façon délirante l'image du monde réel, ce qui présuppose l'intimidation de l'intelligence », *in* Sigmund FREUD, *Malaise dans la culture, Œuvres complètes*, t. XVIII, 2015, p. 270.

¹²⁸⁹ C'est l'assassinat d'un frère par un autre frère quand Abel tue Caïn, ou celui de Romus et Romulus lors de la fondation de Rome ou encore César et Brutus à la fondation de l'Empire, ou l'assassinat d'Agrippine par Néron.

¹²⁹⁰ On peut penser notamment aux rôles des guerres dans la construction des idéologies nationales, *cf.* Mathieu DOAT, « Refoulement et fondations institutionnelles : le crime caché », *in* Jacobo Rios et Claire Picod (dir.), *Pulsions criminelles : Entre réalité et fictions*, *op. cit.*, pp. 157-156.

¹²⁹¹ À l'orée de la première guerre mondiale, ce que perçoit Sigmund Freud des comportements humains va nourrir sa réflexion à propos de leurs fondements inconscients ; il se demande pourquoi l'humain a invariablement recours au meurtre pour régler son rapport à l'autre, et il entreprend de bâtir une conception inédite à la fois des conditions historiques du devenir de l'individu, mais également de ce qui fonde ses liens avec ses semblables. Il développe sa pensée dans *Psychologie des masses et analyse du moi*, et conceptualise la dualité pulsions de vie – pulsions de mort : ces pulsions qui régissent le psychisme humain n'ont pas été effacées par des siècles de civilisation, la guerre fait surgir l'homme des origines, celui qui faisait corps avec la horde primitive, constituée des assassins qu'il décrit dans *Totem et tabou*.

¹²⁹² René LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Éditions de Minuit, Arguments, 1970, 302 p.

¹²⁹³ La surprenante rhétorique de l'article 2 de la Convention légitime la violence fondatrice des états quand il énonce que « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire : a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection ».

une manière de voir avec une certaine énigmaticité formelle, tout en affirmant que « c'est *comme cela* qu'il faut voir », même si ce *comme cela* ne peut durer qu'un temps puisqu'il finit toujours par révéler plusieurs termes, des alternatives recouvertes, refoulées, entre conceptualisation de l'universalité et effectivité presque immédiate des questions quotidiennes. Le refoulement problématologique permet de vivre avec la réalité en modulant les distances avec les problèmes, mais il a pour contrepartie un refoulement apocritique d'ampleur, appelant une prise de conscience de cet état de fait, et l'éclairage des mécaniques du refoulement, tant dans sa dimension très générale que dans ses formes particulières de défense au regard d'appréhensions sourdes.

Par ailleurs le mécanisme du refoulement n'est pas sans paradoxe. L'universalité ne fait pas que gommer les différences identitaires. La multiplication de textes universalistes¹²⁹⁴, et une certaine libéralisation concomitante des esprits et des mœurs, conduit aussi à des ruptures et permet l'émergence d'identités. Ainsi, la révolution sexuelle a-t-elle secoué la société patriarcale en Occident, depuis la fin des années 60 au début des années 70¹²⁹⁵, jusqu'à l'affaiblissement de ce mouvement en 1986 avec l'apparition du sida, à partir duquel on s'est surtout attaché à défendre les droits nouvellement acquis contre le risque d'une déferlante puritaine. Cette parenthèse bouillonnante a instillé un esprit de jouissance plus que de refoulement : de plus en plus le refoulement a pu se dire, des problèmes ont été énoncés, avec leurs exigences, et la nature du refoulement a changé avec le refoulement du refoulement. Ce qui est refoulé l'est différemment, de manière à ce que ce qui doit continuer à l'être

¹²⁹⁴ La multiplication des textes afférents aux droits de l'homme dans sa dimension universelle, les répétitions, et les réaffirmations nombreuses qui font la substance de ces textes, ont quelque chose de névrotique, - le mille-feuilles des réponses leitmotiv semble en être le symptôme – voire de psychotique, quand les questions sont prises pour des réponses et que le réel se retrouve hors-jeu. La difficulté réside entre autres en le fait que la résolution d'un problème consiste d'abord en son interprétation, d'une manière idoine, pour le formuler de façon adéquate ; formulation qui appelle des réponses équivalentes sur le plan rhétorique.

¹²⁹⁵ Cette révolution en lien avec l'émancipation sexuelle des femmes, l'affirmation de l'égalité des sexes et la reconnaissance d'une sexualité élargie à l'absence de procréation ou de lien conjugal, sont consubstantiels à deux éléments. D'une part la fin des régimes démographiques anciens, empreinte d'un impératif de naissances lié à l'omniprésence de la mort, et aussi la nécessité de contrôler ces naissances du fait d'une mortalité devenue très faible. D'autre part, la révolution scientifique et ses découvertes en matière de sexualité, avec le traitement des maladies sexuellement transmissibles grâce aux antibiotiques (1941), et la diffusion de différents moyens de protection et de contraception comme le préservatif en latex (1930), le stérilet (1928) et la pilule (1950). Les incidences juridiques de ces découvertes consisteront en l'acquisition progressive de droits pour les femmes, comme le droit de vote, et des réformes qui consacrent l'égalité au sein des couples, le droit à la contraception et à l'avortement.

impérativement puisse le rester de façon constante. Le refoulement s'est complexifié pour faire face aux fluctuations juridiques et sociales, il est devenu double : l'un s'est affaibli, et l'autre, pour maintenir la distance du problématique et du non problématique, s'est accru. Et quand c'est le refoulement lui-même qui est refoulé, il donne l'impression à ceux qui le vivent d'être pris dans des engrenages inéluctables d'évènements dont ils ne peuvent se libérer¹²⁹⁶.

Au bout du compte, on comprend que l'unité de la personne est une forme juridique imposée à la matière humaine. Immuable, universelle, la personne juridique est la réalité première que nos systèmes juridiques connaissent. Elle est une forme fantasmée, son unité est maintenue par le refoulement qui permet d'oublier tout ce qui peut menacer son bel agencement.

Conclusion du Chapitre I

Le concept d'unité traduit bien la fonction sociale première de l'identité, conjuguant une forme et un idéal d'universalité. L'identité de la personne est plus qu'une juxtaposition d'éléments, un nom, une adresse, un âge, un sexe. Elle permet de poser le chiffre « un » et en même temps de poser un singulier et d'affirmer que la personne est toujours unique. Il reste que cette unité est formelle et en partie fantasmée. L'érection de l'identité en une unité est toujours précaire car elle résiste difficilement au temps. Mais surtout, comme le rappelle Jean-Arnaud Mazères, « si chaque personne est unique, on sait qu'en même temps le terme de personne, non plus comme substantif mais comme pronom indéfini peut renvoyer à une référence générale, à une indétermination ou une négation »¹²⁹⁷. L'identité qui permet la reconnaissance d'une personne peut aussi effacer ses caractéristiques et « il n'y a plus personne ». Le droit de l'identité de la personne est donc travaillé par cette double tension, entre « il n'y a personne » et « il y a quelqu'un ». L'idéal de l'universalité ne peut jamais être atteint dans la mesure où sa réalisation signifierait un arrêt de mort de l'identité de la personne. Et sans l'universalité, les droits de la personne sont menacés.

¹²⁹⁶ Cf. Michel MEYER, *Qu'est-ce que le refoulement*, L'Herme, Carnets, 2012, 53 p.

¹²⁹⁷ Cf. Jean-Arnaud MAZERES, « L'un » in *Mélanges en l'honneur du professeur Christian Laviolle*, op. cit., pp. 501-525.

S'intéresser au phénomène de l'identité sociale de la personne humaine en tant que « réalité scientifique », implique pour le droit d'admettre que la représentation qu'il s'en fait n'est pas seulement unitaire, elle est aussi multiple.

Chapitre II

La personne comme multiple

« Nous sommes une multiplicité qui s'est construite une unité imaginaire »¹²⁹⁸.

Friedrich Nietzsche

La thèse de la multiplicité identitaire de la personne humaine est très ancienne : fondamentalement changeante, fluctuante, avec d'une part l'idée de différentes instances intimes et actives en interaction, et d'autre part celle d'un assujettissement à une masse d'influences extérieures plus ou moins prégnantes. Un sage africain, Amadou Hampâté Bâ, consulté sur ce que signifiait pour lui l'identité humaine répondait par une anecdote : « ma propre mère, chaque fois qu'elle désirait me parler, faisait d'abord venir ma femme ou ma sœur et leur disait : « J'ai le désir de parler à mon fils Amadou, mais je voudrais auparavant savoir lequel des Amadous qui l'habitent est là en ce moment »¹²⁹⁹. Cette réponse peut surprendre, s'interpréter de différentes manières, mais surtout, elle ne correspond pas à l'indivisibilité qui est pour notre culture juridique la marque de l'identité humaine comme individualité insécable, et non comme espace où cohabitent de multiples personnages¹³⁰⁰.

Or, lorsqu'une relation s'instaure entre une personne et d'autres, un certain nombre de relations se nouent simultanément. Parallèlement à ce qui s'établit dans le présent, se greffe en permanence ce qui s'est déjà construit anciennement ; la personne humaine n'est à l'instant « t » que la partie d'un « tout » qui la dépasse amplement, qui la précède et la prolonge¹³⁰¹.

¹²⁹⁸ Friedrich NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, Gallimard, 1948, I, p. 255.

¹²⁹⁹ Roger BASTIDE (dir.), *La notion de personne en Afrique noire*, ouvrage collectif, CNRS, reprint L'Harmattan, 1993, p. 182.

¹³⁰⁰ Alain SUPIOT, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, p. 49.

¹³⁰¹ Henri BERGSON cité par Camille Riquier explique ceci : « Considérons d'abord les "éléments" dont elle est composée ou plutôt dont elle semble composée. D'abord pensons à la conscience que nous

Toutes ces rencontres orchestrent la construction l'identité sociale sur un mode multiple. L'identité est au cœur de l'individualité, c'est pourquoi on parle d'identité personnelle, mais elle est aussi un rapport au monde, une manière de se situer par rapport à son environnement, et surtout par rapport aux autres. L'identité sociale est une manière de penser et d'agir¹³⁰² au regard de son environnement, elle résulte d'un assemblage à la fois construit et fortuit. Chacun essaie de se définir comme un soi-même à partir de ses désirs, de ses projections, des attentes de son entourage, mais aussi des normes, des habitus que tout milieu produit pour reconnaître ses membres : pour être « soi », « nous ressemblons tous à l'image de ce que l'on fait de nous »¹³⁰³ écrit Jorge Luis Borges. Concrètement, une personne peut être bouddhiste, mariée à une personne de même sexe, appartenir à la corporation des artistes peintres et au conseil de l'ordre des médecins, s'identifier également à sa position de meneur de son équipe de basket-ball, à son hobby de pianiste amateur, être de nationalité franco-suisse, tout en restant très attachée à ses racines gasconnes et bretonnes, et en étant diagnostiquée schizophrène ... Ces identités sont complexes, entremêlées, articulées, parfois en conflit¹³⁰⁴. Des sphères identitaires peuvent se recouper de manières tout à fait improbables, et la multiplicité des étiquettes brouiller les pistes de l'identité sociale.

Au cœur du processus de construction de l'identité sociale de la personne humaine comme multiple, la famille joue sans aucun doute le rôle de matrice. Pour la psychanalyse freudienne, la parenté est en effet primordiale¹³⁰⁵, elle renvoie l'enfant à ses parents et lui ouvre l'accès à

avons de notre propre corps avec ses sensations organiques. Ensuite, il y a la mémoire avec tout le passé. Puis vient l'anticipation du futur. Mais aucun de ces éléments n'est la personnalité, bien que la personnalité ait une certaine relation avec chacun d'entre eux. Quelle est cette relation ? », in Camille RIQUIER, « Bergson et le problème de la personnalité : la personne dans tous ses états », *Les Études philosophiques*, vol. 81, n°2, 2007, pp. 195.

¹³⁰² Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, pp. 7-8.

¹³⁰³ Jorge Luis BORGES, cité par Vincent de GAULEJAC, « Identité », in Jacqueline Barus-Michel, *Vocabulaire de psychosociologie. Références et positions*, Érès, 2016, pp. 176-182.

¹³⁰⁴ Un exemple parmi une foultitude pourrait être celui d'une personne dont l'identité sexuelle revendiquée ne serait pas du tout conforme à celle entendue et attendue par sa famille particulièrement conservatrice.

¹³⁰⁵ Le complexe d'Œdipe qui noue la relation de l'enfant à ses deux parents, est une notion fondamentale du corpus freudien ; il est un peu le *schibboleth*, qui avec l'inconscient, le refoulement et le transfert, construit les concepts essentiels qui rassemblent les psychanalystes. L'organisation œdipienne de l'enfant est aujourd'hui évoquée en lien avec les interactions fantasmatiques précoces, ainsi que l'a mis en avant Mélanie Klein (in Mélanie KLEIN, « Les stades précoces du conflit oedipien », in *Essais de psychanalyse, 1921-1945*, Payot, 1989, p. 229), donc, depuis ce qui, dans

la reconnaissance des sexes, des générations et des origines. Pour le droit, l'identité est conférée par la famille et l'État, qui au-delà de tous les brassages imaginables, donnent une identité forte à travers un nom, et fonctionnent suivant des phénomènes à la fois de ressemblance et de généalogie. À partir de cet exemple constitutif, on peut entendre que nos identités se construisent, selon le jeu de deux modes de structuration : la similitude (Section I) et la filiation (Section II).

Section I

L'identité par les similitudes

« Les villageois qui le regardaient de la porte de leur mesure devaient savoir qu'il s'agissait d'un étranger. Frêle, le visage glabre, il était sans doute vêtu d'une tunique et d'une cape simples mais de qualité. Ce n'était pas un homme de la campagne, mais il ne devait ressembler ni aux citadins ni aux gens de cour que les autochtones voyaient passer de temps en temps. Ce n'était pas non plus un chevalier teutonique, puisqu'il n'avait ni arme ni armure – un bon coup de gourdin d'un manat efflanqué aurait suffi à le désarçonner. Il n'était pas pauvre mais n'arborait pas non plus les signes traditionnels de la richesse et du sang : ce n'était pas un courtisan, aux magnifiques vêtements et aux boucles de cheveux parfumées, ni un noble parti chasser au faucon. Comme l'indiquaient ses vêtements et sa coupe de cheveux, ce n'était pas non plus un prêtre ou un moine (...). Pour ceux qui le regardaient passer, le voyageur devait déconcerter. C'était une époque où l'on affichait son identité et son rang dans la hiérarchie du système social par des signes visibles et compréhensibles par tous »¹³⁰⁶.

Stephen Greenblatt

l'inconscient de la mère, donne à l'enfant de quoi bâtir un Œdipe. Ce complexe, dans le sens commun, est ce qui attache le petit garçon à sa mère, et le transforme en rival de son père. Pour une fille, tout se passe en sens inverse, c'est le complexe d'Électre, couvert toutefois par l'appellation générale d'Œdipe.
¹³⁰⁶ Stephen GREENBLATT, *Quattrocento. 1417. Un grand humaniste florentin découvre un manuscrit perdu qui changera le cours de l'histoire*, Flammarion, Libres champs, 2015, pp. 23-24.

Les ressemblances ont toujours joué un rôle bâtisseur dans la structuration de l'identité sociale¹³⁰⁷ qui renvoie au sentiment qu'éprouve une personne d'être semblable à d'autres personnes et lui permet de se situer en société. Cette identité s'organise en d'innombrables figures presque « atomiques », de formes très diverses, liées comme des collections, de manière presque additive, par ce qu'elles ont de plus ou moins semblable (I), et qui s'entrecroisent, se chevauchent, se renforcent ou se limitent pour construire des identités « moléculaires » (II).

I. Des similitudes de formes

La polysémie du mot « identité » évoque notamment le caractère de ce qui est identique, similaire, ressemblant. S'il y a dans l'identité ce qui isole et nous rend singulier, il y a toujours aussi ce qui nous relie, ce qui nous est commun avec d'autres personnes. Il y a identité quand il y a une certaine ressemblance. Les similitudes entre personnes humaines sont principalement formelles (A). Il reste que l'uniformisation est souvent trompeuse (B).

A. L'importance de la forme dans la constitution des groupes identitaires

« C'est tout le portrait de son grand-père », « il a le nez de sa mère » ! Quand l'enfant naît, il fait l'objet d'identifications par similitudes multiples qui amorcent sa construction identitaire, et instantanément se met en place une sorte de coproduction entre identité personnelle et identité sociale. L'identité sociale permet grâce à un ensemble de référents subjectifs et sociaux, de situer un individu en société. Elle est plutôt attribuée par un groupe à travers un ensemble d'inclusions et d'exclusions qui sont sources de droits, de devoirs, de ressources, de prescriptions de conduites intériorisées¹³⁰⁸, et aussi de nombreux indices d'identifications qui fonctionnent en *gestalten*¹³⁰⁹, autant de « façades » qui peuvent se multiplier, chacune appelant

¹³⁰⁷ Les cosmogonies non modernes concevaient déjà le phénomène humain, les personnes, en tant que multiplicités non dénombrables, multiples articulés avec des multiples, et donc pensables comme non-unités, et comme phénomènes non étanches, v. Michel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, La découverte, Poche, 2004, pp. 19-20.

¹³⁰⁸ Cf. Alex MUCCHIELLI, *L'identité*, PUF, Que sais-je ?, collection encyclopédique, 9^{ème} éd. 2016, p. 85.

¹³⁰⁹ Alex Mucchielli explique ces indices « sont liés aussi bien au maintien général (port de tête, allure générale, air affiché ...) qu'à la manière d'agir (gestes, démarche, ton, confiance en soi exprimée ...), ou encore qu'aux indices vestimentaires ou aux autres possessions (voiture, chien, ...), *ibid.*, p. 87.

des comportements, des rituels d'apparence et d'interaction, en lien avec l'identité affichée¹³¹⁰. Jean-Paul Sartre posait la question de l'identité sociale en situant l'individu dans un espace humain : « Je me situe comme Européen par rapport à des Asiatiques ou à des Nègres, comme vieillard par rapport à des jeunes gens, comme magistrat par rapport aux délinquants, comme bourgeois par rapport aux ouvriers ... »¹³¹¹.

Socialement, les identités se construisent si ce n'est par un identique impossible, du moins par la ressemblance, par imitation¹³¹², par des appartenances communes et des affiliations¹³¹³ qui se construisent sous forme de strates¹³¹⁴. Les identités professionnelles par exemple produisent des sentiments d'appartenance formelle à des collectifs qui englobent ceux qui ont effectué les mêmes études, obtenu des diplômes semblables, exercent des métiers apparentés, ou occupent des fonctions similaires. On peut donc « s'étiqueter » professeur, écrivain, boulanger, juriste, médecin, architecte, agriculteur, maçon, peintre, fleuriste, cuisinier, comptable, graphiste, mannequin, designer, artiste peintre, ouvrier, navigateur ... Autant de définitions de soi qui sont le soubassement d'une certaine reconnaissance sociale. Le plombier se reconnaît par son bleu de travail, l'infirmier par sa blouse blanche, l'avocat grâce sa robe noire et son épitoge, le cuisinier par son grand tablier, etc. On appartient à un groupe moins par affinités¹³¹⁵ que parce

¹³¹⁰ Cf. Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne. 1 : La présentation de soi*, Les Éditions de Minuit, Le sens commun, 1973, 256 p.

¹³¹¹ Alex MUCCHIELLI, *L'identité*, op. cit., p. 86.

¹³¹² Le thème de la *mimésis* est traité par la psychanalyse. Sigmund Freud nous apprend que « sous l'angle du narcissisme, il doit être ramené à la question du moi idéal ; sous l'angle de la formation de la personnalité, il concerne l'introjection de figures tutélaires », in Sigmund FREUD, cité par Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, Editions juridiques associées, 2002/1, n° 50, p. 131). La question de l'imitation est déterminante pour comprendre le sens psychique du concept d'identité dans son acception juridique, car il sous-tend au sens large, l'adhésion à des modèles, l'assimilation, le transfèrement d'une personne à ses semblables.

¹³¹³ V. à ce sujet l'article d'Hélène Chauchat, « Analyse qualitative du tableau d'affiliation identitaire (TAI) », in Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, pp. 157-170.

¹³¹⁴ Groupes professionnels, territoriaux, idéologiques, d'activités culturelles, sportive, artistique, de loisirs, groupes par âges (les ados, les jeunes, le troisième âge, le quatrième âge, etc.), par types de familles, par position dans une famille (l'aîné, le cadet, le dernier), par types de peau, par niveau d'études, par domaine d'études et d'aptitudes, par spécialités, par goûts, par sexe, par orientation sexuelle, etc.

¹³¹⁵ L'inévitable adhésion à diverses sphères d'identité sociale en fonction de traits communs ou au contraire antinomiques qui forgent indéfiniment des « groupes » d'appartenance, est particulièrement bien mise en exergue dans la dramaturgie. Harpagon par exemple aime l'argent, il l'aime tellement qu'il pense que tous ceux qui l'entourent sont comme lui et n'existent que pour le lui prendre. Le ressort du

que l'on y ressemble, ou même du fait de contre-modèles qui représentent, selon Érik Erikson, l'ensemble des traits identitaires qu'une personne cherche à éviter¹³¹⁶. Les identités personnelles se rapprochent en identités collectives qui elles-mêmes sont des systèmes qui visent à abolir les différences. Un peu comme des organismes, dont le caractère collectif détermine en partie les caractères et les fonctions de ses éléments, lesquels ont pour particularité commune une appartenance mise en avant. Ces identités plus larges évoquent chacune une clôture sur un soi collectif, parmi d'autres, elles expriment « une essence globale qui transcende les individus »¹³¹⁷. Des instances psychiques collectives ont d'ailleurs été conceptualisées par l'unanimiste Jules Romain¹³¹⁸, qui s'est employé à peindre l'individu pris dans ses rapports sociaux, ou encore par Gustav Jung qui a théorisé l'inconscient collectif¹³¹⁹.

Juridiquement, l'identité est d'abord formelle. Ce sont nos « papiers » et autres documents d'identité. La forme est consubstantielle à l'identité. Qu'importe les conditions « au fond » pour être français. Le droit de la nationalité l'illustre clairement : on est juridiquement citoyen français parce que l'un de ses parents est français (le droit du sang), ou bien parce que l'on est

personnage repose sur son adhésion à ce qu'il pense être, c'est une construction imaginaire, sans que cette conviction ait nécessairement un sens, puisqu'elle dépasse ce à quoi la réalité l'oblige ; elle va même jusqu'à engager sa propre vie.

¹³¹⁶ Erik Erikson a conceptualisé l'identité négative, qui correspond à des rejets sélectifs, à un refoulement de tout ce qui paraît dévalorisant et repoussant dans une construction identitaire, v. Erik ERIKSON, *Enfance et société*, Delachaux et Niestlé, Actualités pédagogiques et psychologiques, 7^{ème} éd., 1982, 285 p.

¹³¹⁷ Cf. Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

¹³¹⁸ Auteur de la fresque littéraire *Les hommes de bonne volonté*, en 27 volumes, de 1932 à 1946.

¹³¹⁹ « Dans chaque être individuel, existent, outre les réminiscences personnelles, de grandes images « originelles » (...), ces figurations ancestrales sont constituées par les potentialités du *patrimoine représentatif*, tel qu'il fut depuis toujours, c'est-à-dire par les possibilités transmises héréditairement, de la représentation humaine. Cette transmission héréditaire explique le fait, incroyable en somme, que certains thèmes de légende et que certains motifs de folklore se répètent sur toute la terre en des formes identiques (...). Ce faisant, je n'affirme nullement la transmission héréditaire de représentations, mais uniquement la transmission héréditaire de la capacité d'évoquer tel ou tel élément du patrimoine représentatif. Il y a là une différence considérable (...). Il s'agit de manifestations qui émanent de couches plus profondes de l'inconscient, couches où sommeillent les images originelles, apanage de l'humain en toute généralité. *J'ai appelé ces images ou leurs thèmes des Archétypes* (...). La découverte de ces images archétypiques représente un nouveau progrès de nos conceptions : elle conduit à distinguer deux couches dans l'inconscient, un inconscient personnel et un inconscient impersonnel ou supra-individuel. Nous désignons aussi ce dernier sous le nom d'*inconscient collectif*, précisément parce qu'il est détaché des sphères personnelles, existant en marge de celles-ci, qu'il possède un caractère tout à fait général, et que ses contenus peuvent se rencontrer chez tous les êtres, ce qui, naturellement n'est pas le cas pour les matériaux individuels », in Carl Gustav JUNG, *Psychologie de l'inconscient*, Georg, Le livre de Poche, 1993, pp. 119-120.

né en France (droit du sol)¹³²⁰, ou parce que l'on épouse un citoyen français¹³²¹, ou encore parce que l'on demande la naturalisation¹³²², ou enfin parce que l'on est ascendant de Français¹³²³. À ces conditions, valables pour n'importe quel demandeur, mais différentes puisque l'on dénombre cinq cas de figure qui permettent d'appartenir à la communauté des citoyens français, on est « intégré » à ce groupe social dont tous les membres ont en commun d'être titulaires de la même nationalité, ce qui les réunit pour former une « identité collective »¹³²⁴. Ce n'est pas « l'âme » qui compte, le sentiment d'être français, c'est bien la forme qui conditionne l'acquisition de la nationalité.

¹³²⁰ Le droit du sol est « double » lorsqu'un enfant naît en France d'un parent étranger lui-même né en France. Il est « simple différé », et acquis de plein droit dès la majorité pour l'enfant né en France de parents étrangers eux-mêmes nés à l'étranger, s'il réside sur le territoire ou s'il y a résidé pendant une période d'au moins 5 ans à partir de ses 11 ans. Avant sa majorité, l'enfant peut acquérir la nationalité française à la demande de ses parents (entre 13 et 16 ans), ou sur demande personnelle (entre 16 et 18 ans), à des conditions de résidence en France.

¹³²¹ Depuis la loi du 24 juillet 2006 relative au statut des étrangers immigrés et à leur intégration, un étranger marié à un conjoint français depuis 4 ans, en mesure de justifier d'une véritable communauté de vie affective et matérielle peut demander la nationalité française par déclaration. Le délai est de 5 ans quand le demandeur n'a pas été résident de façon ininterrompue pendant au moins 3 ans en France depuis son mariage ou, s'il réside à l'étranger, alors que son conjoint français n'était pas inscrit au registre des Français établis hors de France. Il doit aussi avoir une maîtrise suffisante de la langue française. Il ne doit pas avoir été pénalement sanctionné pour un crime ou un délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un acte de terrorisme, ni avoir été condamné à une peine d'au moins 6 mois de prison sans sursis.

¹³²² Un étranger majeur, résidant sur le sol français depuis au moins 5 ans, peut demander la naturalisation. L'administration décide de façon discrétionnaire, et peut la refuser même si les conditions nécessaires sont satisfaites. La durée de résidence est réduite à 2 ans si le demandeur a réussi 2 années d'études dans un établissement d'enseignement supérieur français ou s'il a rendu, ou pourrait rendre, "des services importants à la France". La loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, impose qu'un étranger justifie, lors d'un entretien individuel, et « selon sa condition » (termes de l'ordonnance du 19 octobre 1945 : niveau d'études notamment), être « assimilé » à la communauté française. Cet entretien permet de jauger sa connaissance de la langue française, des droits et devoirs liés à la nationalité française, ainsi que des principes et valeurs essentiels de la République. Le demandeur (dont les mœurs doivent être « bonnes », et qui ne pas avoir subi de condamnation qui l'empêche d'accéder à la nationalité), signe alors la Charte des droits et devoirs du citoyen.

¹³²³ La loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement prévoit que les personnes âgées étrangères, ascendantes de Français et présentes en France depuis au moins 25 ans, puissent obtenir la nationalité française par déclaration.

¹³²⁴ Anne-Marie Drouin - Hans explique que « Cette dénomination est souvent prise comme équivalente de « culture » au sens où un groupe humain a conscience de partager des connaissances générales, des productions artistiques, des traditions historiques, des activités ou des productions telles que le type d'habitat, l'habillement, les habitudes et les goûts culinaires, les techniques, les comportements sociaux... L'identité culturelle peut alors se définir comme un ensemble de représentations et de pratiques considérées comme caractéristiques d'un groupe particulier », in Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

Dans la construction d'une identité nationale, personne n'est jamais parfaitement identique au fond à l'autre. Il n'y a pas un seul modèle de français, il y en a des millions, pour lesquels certains traits communs persistent. Ils sont juridiques, historiques, géographiques, culturels : ce peuvent être l'origine, la ou les langue(s), la religion, la profession, les loisirs, les modes alimentaires et vestimentaires, les coutumes ... ils peuvent même être émotionnels quand un événement, un attentat, ou une pandémie comme celle de la covid-19 depuis 2020 crée une « communauté d'émotion instantanées qui est « révélationnaire » comme l'explique Paul Virilio dans *L'Administration de la peur*¹³²⁵. Autant de « rencontres » et de « petits traumas »¹³²⁶ qui enrichissent l'identité mais peuvent poser problème. L'amoncellement des critères afférents à des identités multiples et déterminées, quelles qu'elles soient, pose des difficultés : l'identification d'une personne à des groupes sociaux - tous s'entrelacent - suggère en effet inévitablement, dans un sens ou dans un autre, des similitudes de formes, des ressemblances. Et ces ressemblances, ces appartenances, au sein de notre société hypercomplexe, sont foison sur différents plans : imaginaire et réel, logique et affectif, spéculatif et existentiel, conscient et inconscient, d'où toutes les connaissances, toutes les sublimations et inventions nées du désir, mais aussi tous les égarements, confusions, errances, et démenes.

L'apparente uniformité de la personne située dans un groupe identitaire correspond donc à un aménagement complexe des rapports entre la vie personnelle et la vie sociale. Chaque personne est à la croisée de multiples identités, dont aucune ne la détermine jamais absolument¹³²⁷. L'unité et l'unicité d'une personne, qui correspondent à son identité dans tous les temps et dans tous les lieux de sa vie, suppose de la protéger dans la sphère privée tout en promouvant son expression diversifiée dans la sphère sociale, sans pour autant qu'elle se dissolve au gré des multiples champs sociaux et de leurs contraintes. L'appartenance d'une personne à des groupes auxquels elle s'identifie, et au sein desquels elle se perçoit - et est perçue - comme ayant des

¹³²⁵ Paul VIRILIO, *L'administration de la peur*, Textuel, 2010, 94 p.

¹³²⁶ Le trauma est, au sens psychanalytique, tout événement de la vie qui sur le plan psychique crée une « effraction », d'un large éventail d'intensités, qui a une conséquence plus ou moins intense sur l'ensemble de l'organisation psychique d'une personne.

¹³²⁷ Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *op. cit.*, pp. 17-26.

affinités avec d'autres personnes est la marque de ses liens sociaux, l'empreinte de son identité sociale. Une identité qui permet de la situer dans son environnement humain : elle est nationale, locale, professionnelle, familiale, amicale, sexuelle, elle est surtout remarquablement multiple, car « on est plus riche qu'on ne pense, on porte dans le corps l'étoffe de plusieurs personnages, on prend pour le caractère ce qui n'appartient qu'au *personnage*, à l'un de nos masques »¹³²⁸. Ainsi l'identité que l'on affiche serait un rôle que l'on joue grâce à différents « costumes », des corps en uniformes que la personne changerait selon les lieux et les entourages. Ces formes qui nous signalent et permettent de nous intégrer dans un groupe, nous dissimulent aussi. Force est de constater la complexité de l'identité.

B. Les évidences trompeuses de la ressemblance

Les ressemblances permettent aux gens de se réclamer d'un groupe¹³²⁹, de participer d'une identité collective, elles constituent, dans la diversité fourmillante du monde, autant de repères, d'identifications à des modèles. Mais les ressemblances sont parfois trompeuses. Certaines similitudes peuvent être dangereuses et il existe de fausses ressemblances. La ressemblance permet la constitution des identifications auxquelles on est plus ou moins sensibles, depuis les images des parents, de la fratrie, des amis, aux modèles familiaux culturels, mais aussi des identifications imposées et inculquées par des normes. Les ressemblances permettent d'éluder les différences internes, et de renforcer les différences externes. Ce qui les rend à la fois attractives et dangereuses. Les groupes sont des lieux de « sécurité » mais ils peuvent aussi constituer des freins à l'identité personnelle¹³³⁰. Les groupes multiples auxquels chacun s'identifie sont porteurs de symboles¹³³¹ structurés par des logiques internes, sous-tendues par des options idéologiques que l'on intériorise. Ce système symbolique qui donne un sens à la

¹³²⁸ Friedrich NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, Gallimard, 1948, I, p. 264.

¹³²⁹ Ou même d'un simple agrégat, C'est-à-dire un ensemble de personnes unis par la banale proximité physique, un peu comme dans une file d'attente. La file d'attente à la poste par exemple se transforme en groupe quand tous ses membres échangent leurs considérations au sujet du service public et réclament l'ouverture de plus de guichets.

¹³³⁰ Pierre TAP, « Marquer sa différence », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société, op. cit.*, p. 48.

¹³³¹ Jacques Saliba écrit que « toute identification individuelle engage des symptômes, sous forme de signes, des affects, des mots, des catégories, des références socialement identifiables pouvant s'associer à des symboles collectifs », in Jacques SALIBA, « De l'identité aux identités », *Champ psychosomatique*, vol. n° 21, no. 1, 2001, pp. 5-7.

partie visible de la réalité des gens, exerce une forte influence sur leur construction identitaire et peut conduire à une surdétermination du psychisme individuel. Nous pouvons prendre comme exemple emblématique celui des sectes : Hélène Chauchat explique que leurs membres ont « une identité très polarisée se traduisant par des clivages très forts entre l'identification positive à la secte et à l'inverse une différenciation négative au niveau des autres groupes »¹³³².

Delphine Martinot explique que « les personnes qui nous entourent contribuent à la construction de notre soi en jouant le rôle de miroir social (...). Le soi se construit non seulement à travers le regard d'autrui mais à partir des comparaisons sociales »¹³³³, des comparaisons « souvent pilotées par la mise en œuvre de multiples stratégies destinées à servir des buts de valorisation, de vérification, d'évaluation et d'amélioration de soi »¹³³⁴. À travers ces comparaisons, nous cherchons à qui nous ressemblons. Et ces ressemblances qui s'agencent pour chacun d'une manière singulière, créent un système d'interdépendance entre les individus, un enchevêtrement de liens imaginaires et réels, source d'angoisses, alimentés par la peur d'être rejeté¹³³⁵. Dominique Oberlé remarque que nos conduites s'ajustent à la normativité des groupes auxquels nous appartenons et que « ce que pensent, disent ou font les membres des groupes auxquels nous appartenons ou nous nous référons exerce incontestablement une grande influence sur nos propres choix »¹³³⁶.

De plus, l'identité par la ressemblance pose le problème de la vérité. Suis-je vraiment moi, si je ressemble à un autre ? La ressemblance est, selon Michel Foucault¹³³⁷, une convention, le jeu d'un effet miroir ou de sympathie. Ou encore, elle résulte d'une analogie. Mais elle n'est jamais parfaite. Elle contient toujours une marge d'appréciation et de décision. Une certaine parenté

¹³³² Hélène CHAUCHAT, « Du fondement social de l'identité du sujet », in Hélène Chauchat, Annick Durand-Delevigne, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, op. cit., pp. 20-23.

¹³³³ Delphine MARTINOT, « Le soi en psychologie sociale », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, op. cit., p. 43.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹³³⁵ Didier ANZIEU, *Le Groupe et l'Inconscient*, Dunod, Psychismes, 1999, 288 p.

¹³³⁶ Dominique OBERLÉ, « Vivre ensemble. Le groupe en psychologie sociale », et plus particulièrement « Appartenance et identité », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, op. cit., p. 140.

¹³³⁷ Cf. Michel FOUCAULT qui esquisse une typologie de la ressemblance fabriquée sur la *convenientia*, l'*aemulatio* l'*analogie* et la *sympathie*, in *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences humaines, 1966, p. 33.

ne signifie pas une identité. L'étude des rapports parentaux nous montre comment les enfants échappent à l'imitation pour se constituer¹³³⁸. Le stade du miroir n'est qu'une des premières étapes pour l'enfant. Et la psychanalyse se garde bien de s'en tenir à ce qui est convenu pour comprendre l'identité de la personne. L'identité n'est pas à chercher seulement dans le surmoi, lieu où on intériorise les normes, mais aussi dans le moi et le ça.

En matière juridique, le juge ne se contente pas de constater qu'une personne a des « traits approchants » pour établir l'identité d'une personne qui a commis un délit. Il recherche la singularité de la personne, et tient à distance ce qui est avoisinant. Une personne ne se confond pas avec son sosie ou avec des personnes même très proches. Ainsi en est-il de l'*analogie*, concept familier au droit, au caractère contraignant¹³³⁹ régulièrement contesté de ses conclusions¹³⁴⁰, qui assure « le merveilleux affrontement des ressemblances à travers l'espace »¹³⁴¹, et peut traiter de similitudes non visibles, jusqu'aux plus subtiles avec un champ d'application universel. Pour que l'analogie remplisse son rôle dans un rapport de similitude, il faut que les données ne soient ni identiques, ni homogènes¹³⁴² mais l'analogie est une décision libre par laquelle le juge « souscrit à un choix » en mettant en évidence certains aspects et non d'autres¹³⁴³. Certains éléments sont pris en compte et appréciés pour justifier l'analogie. L'analogie résulte autant d'un acte de description que d'un acte de volonté du juge.

Si l'identité se construit par la ressemblance. Elle montre donc assez vite ses limites sur le terrain du droit comme sur celui de la psychanalyse. Dire que deux personnes se ressemblent, n'équivaut pas à considérer qu'elles seraient identiques. C'est donc admettre que ces deux

¹³³⁸ Michel FERRAZI, « L'imitation, une impasse de l'identification, in *Analyse freudienne presse*, 2010/1, pp. 11-23.

¹³³⁹ Véronique Champeil-Desplats indique qu'en matière d'analogie, il « reste néanmoins à comprendre et expliquer pourquoi certains éprouvent la nécessité de perpétuer l'illusion de la rigueur logique de leurs raisonnements. Les explications dépassent la perspective méthodologique pour se déplacer sur le terrain de l'analyse des conditions de légitimité, d'acceptabilité ou de recevabilité des discours. Elles seront inévitablement différentes selon que l'on considère les discours des autorités normatives ou les discours métajuridiques », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., pp. 364-365.

¹³⁴⁰ Charles PERELMAN, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, p. 129.

¹³⁴¹ Michel FOUCAULT, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences humaines, 1966, p. 36.

¹³⁴² Charles PERELMAN, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, op. cit., pp. 129-130.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 132.

personnes ne peuvent avoir la même identité, sauf au prix d'une simplification problématique. On peut penser que le rôle de la ressemblance dans la construction de l'identité, « dès lors qu'on l'interroge, se dissipe et glisse comme une poignée de sable »¹³⁴⁴. Au mieux, elle demeure un indice sur le chemin de l'identité.

II. Des identités moléculaires¹³⁴⁵

« *L'homme en tout et par tout n'est que rapiècement et bigarrure* »¹³⁴⁶.

Michel de Montaigne

L'identité des personnes humaines est un impératif de la vie en société libérale¹³⁴⁷, elle est riche, émaillée d'ambivalences et de contradictions¹³⁴⁸, elle est ce qui constitue la singularité de chacune et la différencie de toutes les autres, comme personne unique. Juridiquement, la carte d'identité, d'autres documents d'identité et l'état civil assurent cette fonction. Notre nom, notre prénom, notre âge, notre nationalité, notre domicile ou notre sexe, nous situent dans le temps et dans l'espace, tout en nous rattachant à des groupes, car une identité *purement singulière* n'aurait pas de sens. L'individu ne peut être séparé des institutions et de la masse sociale¹³⁴⁹ dans tous les sens du terme. Notre identité est le produit de la réaction réciproque de plusieurs phénomènes les uns sur les autres, elle est la résultante d'une interaction d'éléments (A). Et elle se dilate en une multitude de facettes qui se combinent et interagissent (B) en « un singulier au pluriel »¹³⁵⁰.

¹³⁴⁴ Jean-Arnaud MAZERES, « Qu'est-ce que l'identité », in Mathieu Doat et Jacobo Rios (dir.), *L'identité en droit*, Mare et Martin, à paraître en 2021.

¹³⁴⁵ Selon l'expression de Gilles Deleuze, in Gilles DELEUZE, Félix GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Éditions de Minuit, Critique, 1980, chapitre 10.

¹³⁴⁶ Michel de MONTAIGNE, *Essais* (16^{ème} siècle), édition établie par Charles Louandre, Charpentier, t.3, 1862, p. 117.

¹³⁴⁷ Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, 202 p.

¹³⁴⁸ Ainsi que l'affirmait Montaigne, chaque individu singulier « porte la forme entière de l'humaine condition ».

¹³⁴⁹ Miguel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, op.cit., p. 13.

¹³⁵⁰ Cf. François TERRÉ, « Identité, un singulier au pluriel », in Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, 202 p.

A. Une dynamique d'interactions

Notre identité n'est pas un donné, elle se construit à travers de multiples interactions. Elle est à la fois le produit de rapports juridiques et de relations sociales, d'actes conscients et inconscients, volontaires ou involontaires, d'adhésions ou de transmissions de désirs et de pulsions, et même d'une pluralité de processus découverts en neurosciences¹³⁵¹. Nous intégrons une identité en fonction de l'histoire dans laquelle nous nous inscrivons ; une identité assujettie à l'autorité d'un surmoi social, à l'empreinte et aux normes culturelles et institutionnelles, et qui s'ancre à un nœud d'interférences. Elle est à la fois « le point d'hologramme qui contient le tout (...), tout en étant irréductiblement singulier »¹³⁵².

Nous nous construisons sur un paradoxe, puisque notre identité se détermine au croisement d'appartenances collectives¹³⁵³, elle est « censée marquer ce qui est unique par le biais de ce qui est commun et partagé »¹³⁵⁴. Elle est « ce produit énigmatique de deux dynamiques potentiellement antagoniques, en vertu desquelles chacun ne peut dire « je » qu'en disant et en pensant aussi « nous »¹³⁵⁵. Il n'y a donc pas d'identité du « je » sans identité du « nous »¹³⁵⁶. La psychanalyse montre que l'individu intègre profondément des images collectives qui lui permettent de se structurer autour d'archétypes collectifs, ce sont les phénomènes d'introjction¹³⁵⁷, un système de mimétismes initiés dès l'enfance par les parents, puis par

¹³⁵¹ Alain Berthoz et Bérangère Thirioux expliquent que l'identité en tant qu'unité serait le résultat de l'*unification* de processus *pluriels* (...). Un premier défi aujourd'hui est de décrire les bases neurales de ces différents processus. Un deuxième défi est de comprendre comment l'unité du Soi peut reposer sur cette pluralité de formes et de composantes neuronales. Un troisième défi est de penser cette pluralité neuro-fonctionnelle avec la difficulté de réunir une approche naturaliste "réductionniste" et les aspects philosophiques, sociologiques anthropologiques, psychanalytiques, historiques et culturels du concept d'identité », in Alain BERTHOZ et Bérangère THIRIOUX, « Identités et intersubjectivités : bases neurales », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, op. cit., pp. 87-88.

¹³⁵² *Ibid.*, p. 47.

¹³⁵³ Sylvie MESURE, Alain RENAUT, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Aubier, 1999, 305 p.

¹³⁵⁴ Danilo MARTUCELLI, *Grammaires de l'individu*, Gallimard, Folio Essais, 2002, p. 435.

¹³⁵⁵ Sylvie MESURE, Alain RENAUT, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, op. cit., p. 12.

¹³⁵⁶ Norbert ELIAS, *La société des individus*, Pocket, Évolutions, 1998, 301 p.

¹³⁵⁷ L'introjction est un concept psychanalytique élaboré entre 1909 et 1912 par Sandor Ferenczi : « le sujet fait passer, sur un mode fantastique, du « dehors » au « dedans », des objets et des qualités inhérentes à ces objets. L'introjction est proche de l'incorporation qui constitue son prototype corporel,

d'autres modèles tels que le professeur, le maître, le mentor, etc. Tous ces jeux d'interactions et d'identifications, ces tiraillements, ces influences, ces appartenances, contribuent à faire de nos identités des compositions uniques, car en psychanalyse comme en droit, le « Je » existe bien.

Il reste que « l'individu, au sein d'une masse connaît une profonde transformation de son activité psychique en raison de l'influence que cette masse exerce sur lui »¹³⁵⁸. La psyché collective contribue à la construction de la personnalité individuelle. L'individu est à la fois la proie de contraintes internes inconscientes, et l'objet d'une altérité externe permanente et constituante¹³⁵⁹. Altérité, puisqu'il ne cesse jamais d'être en interaction avec son entourage ; il n'existe aucun Robinson Crusoé psychologique. Être reconnu par les autres, tout autant que les reconnaître, permet de se trouver, de se situer, de s'orienter. Mais c'est aussi la nécessité « de penser par images, de figer ce qui est mobile et fluide dans des représentations d'emblée déformantes »¹³⁶⁰.

L'identité personnelle se construit donc par rapport au social, il n'y a pas de différence de nature entre l'une et l'autre : c'est toujours le fonctionnement psychique qui est à l'œuvre. Hélène Chauchat¹³⁶¹ explique que « l'approche par le fonctionnement psychique conduit bien sûr à la compréhension du comportement individuel mais pas seulement : le groupe et les phénomènes

mais elle n'implique pas nécessairement une référence à la limite corporelle (introjection dans le moi, dans l'idéal du moi, etc.). Elle est dans un rapport étroit avec l'identification », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 209.

¹³⁵⁸ Après *Totem et tabou*, qui est son premier grand ouvrage de psychologie collective en 1912, Sigmund Freud publie *Psychologie des foules et analyse du moi*, en 1921 qui met en relief les relations intrinsèques entre la psychologie individuelle et celle des masses (cf. Sigmund FREUD, *Psychologie des foules et analyse du moi*, Éditions Points, Essais, 2014, 175 p.). Même si la psychologie freudienne est essentiellement marquée par un présupposé théorique individualiste, Sigmund Freud met toutefois en avant le rôle des idéaux collectifs et des figures tutélaires dans la genèse de l'idéal du moi dans *Psychologie des masses et analyse du moi*, en convergence avec les travaux d'Émile Durkheim, qui insiste sur la nécessité de percevoir nombre de déterminations sociales au regard des phénomènes psychiques. Freud explique certains phénomènes collectifs par la psychanalyse, il fait le lien entre des éléments du psychisme infantile efficients dans un contexte de cohésion des groupes, il analyse un principe d'identification qui joue en faveur d'un « chef », mais aussi, de manière plus abstraite, de diverses autres entités collectives.

¹³⁵⁹ « Je est un autre » écrit Rimbaud, ainsi que le rappelle Jean-Claude KAUFMANN, dans son ouvrage *Quand je est un autre. Pourquoi et comment ça change en nous*, Fayard, Pluriel, 2012, 252 p.

¹³⁶⁰ Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

¹³⁶¹ Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1999, pp. 9-10.

qui s'y produisent résultent eux-mêmes des mécanismes psychiques des membres qui en font partie. Les phénomènes de groupe ne sont pas fondamentalement différents des phénomènes individuels. C'est ce que développe Freud dans son œuvre *Psychologie des foules et analyse du moi* »¹³⁶². Il définit la psychologie des masses comme une psychologie individuelle appliquée aux phénomènes collectifs. Il pose la question de savoir par quoi la masse « acquiert la capacité d'influencer de façon si décisive la vie psychique de l'individu, et en quoi consiste la modification psychique qu'elle impose à l'individu ? »¹³⁶³.

Ce qui est intéressant c'est que la formation de la masse implique une perte ponctuelle de l'individualité, ce qui pose aussi la question de la formation d'une conscience collective, quand les individus s'identifient les uns aux autres, ou à un leader, et que l'on retrouve la figure du « père de la Horde » primitive de Sigmund Freud. Quand il se trouve dépossédé de son identité subjective, le sujet de la masse se trouve assujéti, les idéaux du moi sont modélisés, les pulsions aseptisées, le Surmoi disqualifié, et il subsiste ce que Freud nomme « l'animal de horde ». Freud a montré que l'on a pu analyser des peuples comme on le fait des individus, avec leur dynamique pulsionnelle, de vie et de mort, leurs mythologies, l'ambivalence de leurs dénis, la jouissance narcissique ou le masochisme de foule. Michel Gad Wolkowicz évoque la « psychologie de masse productrice d'utopies, de rationalité instrumentale et de dénis¹³⁶⁴, quand « le collectif se dénature en masse opaque et l'individuel en particule sans consistance »¹³⁶⁵, et que « l'état de multitude est donc un état où l'homme peut écouter et voir sans entendre »¹³⁶⁶. Ainsi le contexte de groupe peut soustraire la personne humaine aux contraintes des instances critiques de son psychisme, comme le Surmoi qui se trouve à la base de manifestations telles que le doute moral¹³⁶⁷. Et Christian Hoffman précise que l'« Autre idéalisé fait un en tant que les sujets y trouvent la cause de leur identification jusqu'à en faire

¹³⁶² Sigmund FREUD, 1921, *Psychologie des foules et analyse du moi*, in Essais de psychanalyse, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2001, 320 p.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Le sujet face au réel, et dans la transmission*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2017, p. 14.

¹³⁶⁵ *Ibid.*, p. 41.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹³⁶⁷ Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op.cit.*, p. 124.

le nom de leur identité et lui abandonner leur autonomie »¹³⁶⁸. On n'est alors pas loin d'un phénomène d'hypnose, quand les individus rejoignent un « moi-masse autofasciné par sa totalité non fragmentable »¹³⁶⁹.

Alors que Freud analyse surtout le psychisme au niveau individuel, conditionné par l'histoire personnelle de chacun, Carl Gustav Jung a une approche plus large en introduisant la notion de psyché collective¹³⁷⁰ et en distinguant, « dans l'inconscient, l'inconscient individuel, et un inconscient supra-individuel ... dont les contenus peuvent se retrouver chez tous les êtres »¹³⁷¹. Il expose que nombre de difficultés psychiques sont l'effet de conflits entre des revendications inconscientes individuelles et collectives. Il se sert de la *persona*¹³⁷² pour examiner les rôles conférés aux individus par la psyché collective, ce terme figure un idéal social, un archétype vers lequel ils doivent tendre pour occuper leur rôle prédéfini au sein de la société. Il indique que « la *persona* n'est rien de "réel", elle n'est qu'une formation de compromis entre l'individu et la société, en réponse à la question de savoir sous quel jour le premier doit apparaître au sein de la seconde »¹³⁷³. C'est un masque, un travestissement social, qui laisse à

¹³⁶⁸ Christian HOFFMAN, « L'idéal en question », in *La psychologie de masse, aujourd'hui*, dir. Michel Gad Wolkowicz, Thibault Moreau, Alexis Nouss, Gérard Rabinovitch, Sèvres, Schibboleth Actualité de Freud, Éditions des Rosiers, 2012, 597 p.

¹³⁶⁹ Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Le sujet face au réel, et dans la transmission, op. cit.*, p. 41.

¹³⁷⁰ Carl Gustav Jung, à travers la vision de la psychologie collective, distingue le phénomène de psyché collective il considère le groupe comme instance psychique originaire, décisive pour qui s'intéresse au phénomène juridique d'un point de vue psychologique. Le système juridique édifie en effet un ensemble de représentations qui relèvent du collectif, et dont le psychisme individuel n'est qu'un vecteur particulier et contingent. Ainsi donc la psychologie individuelle exprime un état où une importante part du psychisme est régie par le collectif, notamment dans la mesure où l'activité sociale exprime de façon concrète l'entité collective à laquelle les personnes humaines appartiennent, et une certaine autonomie de cette entité au plan psychique, in Carl Gustav JUNG, *Der begriff des kollektiven Unbewussten*, (1936) Gesammelte Werke, Olten, Walter-Verlag, 1971-1990, vol. 9 : Archetypen, München, DTV, 8^e éd., 1999, pp. 45-56.

¹³⁷¹ Carl Gustav JUNG, *Psychologie de l'inconscient*, (1952), éd. Georg, col. Livre de Poches, 1993, p.120.

¹³⁷² Un terme déjà exposé par Thomas HOBBS, *Leviathan* (1651), chapitre XVI, London, Melbourne, Everyman's Library, 1983, p. 83 : « The word Person is latine : insteed whereof the Greeks have *προσωπον*, which signifies the Face, as Persona in latine signifies the *disguise*, or *outward appearance* of a man, counterfeited on the Stage ; and sometimes more particularly that part of it, which disguiseth the face, as a Mask or Visard : And from the Stage, hath been translated to any Representer of speech and action, as well in Tribunalls, as Theaters ». Jung utilise le terme de *persona*, du verbe latin *personare*, parler à travers, qui évoque le masque qu'arboraient les acteurs de théâtre, afin d'endosser l'apparence des personnages qu'ils avaient à interpréter et pour être audibles, in Carl Gustav JUNG, *Dialectique du Moi et de l'inconscient*, Gallimard, Folio essais, 1964, p. 84.

¹³⁷³ *Ibid.*

voir une personnalité mirage, en réalité le « médium d'un assujettissement de l'individu au collectif, ou d'une mise en forme du psychisme individuel dans le cadre des représentations collectives »¹³⁷⁴, et qui usurpe l'identité réelle, par exemple à travers l'état ou la profession¹³⁷⁵.

L'identité doit donc être appréhendée dans une perspective interactionniste qui lie une personne à divers groupes, elle est la somme des représentations qu'une personne se fait de différents groupes d'appartenance ou de non-appartenance, et la manière dont elle s'y inscrit. Ces groupes sociaux référents sont le creuset de son identité sociale qui est à la fois objective (mais celle-ci est déjà une construction puisqu'elle relève de choix sélectifs, elle est un « inventaire » de référence de groupes particuliers avec lesquels on tisse un mode de relation, effective ou non), et subjective¹³⁷⁶. Ces représentations sont déterminantes, elles construisent un univers symbolique dans lesquels les personnes se situent, se repèrent, se pensent, interprètent tout ce qu'elles vivent. Et « dans les recherches sur l'identité, deux perspectives peuvent être mises en évidence : celles qui, centrées sur la dimension psychologique du phénomène identitaire, tentent de rendre compte des processus individuels mis en jeu ; et celles qui, centrées sur ses caractéristiques collectives, s'intéressent aux effets des placements des individus dans la matrice sociale et culturelle »¹³⁷⁷.

La personne juridique, d'emblée appréhendée dans le moule de l'unité formelle, émerge donc bien d'une pluralité. Elle résulte d'un emboîtement, d'une imbrication entre personne et société, (considérée depuis son sens le plus restreint, jusqu'à son sens le plus large). L'*homo juridicus* du 21^{ème} siècle est à la fois « soi et autres »¹³⁷⁸. Une personne n'est pas seulement dans la société, la société est au cœur de toutes les personnes et leur imprime sa culture, sa marque, ses normes,

¹³⁷⁴ Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op.cit.*, p. 141.

¹³⁷⁵ Carl Gustav JUNG, *Types psychologiques*, Georg Editeur, Jung, 1997, 505 p. Sur le plan de la théâtralité juridique du procès, le terme est également repris par Pierre Legendre, in Pierre LEGENDRE, *Leçons I. La 901^e conclusion*. Étude sur le théâtre de la Raison, éd Fayard, 1998, p. 263.

¹³⁷⁶ Marisa ZAVALLONI, Christiane LOUIS-GUÉRIN, *Identité sociale et conscience, Introduction à l'ego-sociologie*, Montréal-Toulouse, Presses universitaire de Montréal-Privat, 1984, pp. 53-54.

¹³⁷⁷ Hélène CHAUCHAT, Stéphanie BUSQUETS, « Identité européenne. Crise sociale et crise identitaire chez des étudiants français en 1994 », in Hélène Chauchat, Annick Durand-Delevigne, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, *op. cit.*, p. 212.

¹³⁷⁸ Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, 4^{ème} de couverture.

dès leur naissance¹³⁷⁹. Les interactions entre personnes construisent la société, qui elle-même rétroagit sur elles et leur confère une identité, jusqu'à un certain « accomplissement ». Et chacun des termes régénère l'autre. La relation entre elles est dialogique, ce qui implique que leur complémentarité puisse devenir ampliative, et même antagoniste. Le champ d'observation de l'intrication des formes d'identités, et des incidences juridiques et psychanalytiques qu'elles peuvent induire, constitue donc un laboratoire d'expérimentation vertigineux. L'articulation et l'interprétation de différents savoirs conduisent d'ailleurs à admettre que même dans la recherche de la connaissance de l'identité sociale, une part introspective est indispensable.

Inévitablement, les pistes se brouillent quand on cherche la frontière entre identité individuelle et identité sociale. La construction identitaire est en lien étroit avec l'environnement social : Iphigénie implore sa mère de supporter l'insupportable, d'accepter son sacrifice, quand elle lui dit « je fais le don de mon corps à la Grèce (...) car il est normal que les grecs commandent aux barbares, mère, et non les barbares aux Grecs »¹³⁸⁰. Iphigénie n'est Iphigénie que parce que la séparation entre le sujet, ses relations filiales et le destin politique de la Grèce est impossible. Cette œuvre traduit bien l'indissolubilité du lien qui lie le sujet à un groupe et réciproquement. Il n'y a pas d'individualité qui se construise en dehors de l'ordre social et du monde.

Lionel Obadia indique que si le sujet « apparaît également comme locus principal de la saisie au monde, gommant ainsi les inscriptions sociales et les forces idéologiques qui le travaillent »¹³⁸¹, il se demande s'il faut « penser le sujet à partir des cadres collectifs qui le définissent, ou de l'horizon subjectif qui se dessine à partir de sa personne ? », et il estime que « dans le contexte contemporain, il s'agit surtout de lui donner une assise idéologique qui consiste à l'affirmer comme principe premier de l'ordre social »¹³⁸². Selon cet auteur, il est « site » de l'articulation de la société, de la culture, de la psyché individuelle et « acteur » qui s'inscrit dans des relations sociales qu'il investit plus ou moins, et se fabrique une identité en manipulant des symboles donnés de son environnement culturel (...) On est dans une

¹³⁷⁹ Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, p. 46.

¹³⁸⁰ EURIPIDE, *Iphigénie à Aulis*, trad. J. et M. BOLLACK, Éditions de minuit, 1990, p. 82.

¹³⁸¹ Lionel OBADIA, « Normativité contrastive de l'identité « moderne » ? Approche critique et pragmatique de l'ontologie de la subjectivisation contemporaine », in Géraldine Aïdan et Émilie Debaets (dir), *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, p. 250.

¹³⁸² *Ibid.*

relocalisation du social au cœur de l'individu, s'inscrivant en dernier lieu dans l'histoire des idées scientifiques, dans un glissement paradigmatique énonçant la fin des « systèmes » et l'émergence de « l'acteur »¹³⁸³.

« Acteur », pour lequel la mise en scène sociale est au fondement de l'existence. Sujet de droit, dont l'identité intervient dans toute imputation d'un quelconque de ses actes et apparaît un peu comme un artifice, quand la psychanalyse parle plutôt d'identifications et de déterminations, parce que « la manière dont un sujet de désir parvient ou ne parvient pas à se sentir lui-même, dépend de l'impact des premiers autres qui est toujours à la fois constituant et traumatisant, excessif, intrusif »¹³⁸⁴. L'idée fondamentale en psychanalyse que le psychisme humain individuel et la société en tant que système, sont dans une relation d'interpénétration, implique que toutes les représentations sociales sont à la base de notre vie psychique, et constituent, selon Pierre Mannoni, des éléments fondamentaux de notre épistémologie¹³⁸⁵.

Chaque personne humaine est donc le lieu d'imbrications identitaires et d'expériences d'être soi, dans tous les temps de la vie¹³⁸⁶. « La pluralité de l'étant¹³⁸⁷ est au fondement de l'être »¹³⁸⁸. Une question demeure : l'identité de la personne humaine est-elle un agencement de toutes ces identités ou peut-on la considérer comme une totalité qui les transcende toutes ?

¹³⁸³ *Ibid.*, p. 251 l'auteur cite Marc AUGÉ, *Le sens des autres, actualités de l'anthropologie*, éd. Fayard, Essais, 1998, 199 p.

¹³⁸⁴ Monique DAVID-MENARD, « Introduction », in Géraldine AÏDAN, *L'identité juridique de la personne humaine, op. cit.*, p. 240.

¹³⁸⁵ « C'est à elles (les représentations sociales), que nous faisons le plus facilement et le plus spontanément appel pour nous repérer dans notre environnement physique et humain. Situées à l'interface du psychologique et du sociologique, elles sont enracinées au cœur du dispositif social », in Pierre MANNONI, *Les représentations sociales*, PUF, Que sais-je, 7^e éd., 2016, p. 3.

¹³⁸⁶ Henri Bergson écrivait : « Considérons d'abord les "éléments" dont elle est composée ou plutôt dont elle semble composée. D'abord pensons à la conscience que nous avons de notre propre corps avec ses sensations organiques. Ensuite, il y a la mémoire avec tout le passé. Puis vient l'anticipation du futur. Mais aucun de ces éléments n'est la personnalité, bien que la personnalité ait une certaine relation avec chacun d'entre eux. Quelle est cette relation ? », in Camille RIQUIER, « Bergson et le problème de la personnalité : la personne dans tous ses états », *Les Études philosophiques*, vol. 81, n° 2, 2007, pp. 193-214.

¹³⁸⁷ L'« étant » est, dans la pensée heideggerienne, un concept philosophique qui se rapporte à ce qui est ; il désigne l'expérience phénoménologique connue par toute personne humaine venue au monde, immergée dans sa propre vie. L'étant est tout ce dont elle parle, ce à quoi elle pense, ce à l'égard de quoi elle se comporte, et à la fois ce qu'elle est elle-même, et la manière dont elle l'est.

¹³⁸⁸ Jean-Luc NANCY, *Être singulier pluriel*, Galilée, 1996, p. 30.

B. Une identité composée

S'il est certain qu'en droit l'identité existe comme une entité acquise fixée par une série de critères, en psychanalyse elle est le résultat d'une recherche personnelle, par la déconstruction et la reconstruction de soi, car il n'est pas simple de comprendre qui on est. Dans nos sociétés relativement ouvertes, on appartient à une génération, un sexe, un ordre religieux, une corporation professionnelle, une culture, une tradition, un territoire, des classes, des positions sociales, des rôles que l'on joue en pratiquant des activités sportives, culturelles, ludiques, associatives, etc. Donc différentes communautés qui véhiculent des discours différents, des symboles, un imaginaire propre. Nous sommes les sujets de multiples d'identifications¹³⁸⁹, socialement et juridiquement. Nous développons des aptitudes, des compétences, des spécialités, des talents reconnus ou non ; nous pouvons également nous identifier ou être identifié corrélativement à une maladie¹³⁹⁰ ou à une blessure¹³⁹¹, ou encore à une qualification

¹³⁸⁹ « Je suis Kim, je suis Kim » se répète le jeune orphelin de Kipling, de père irlandais, mais d'apparence et de sensibilité indiennes (cf. Rudyard KIPLING, *Kim*, (1901), Folio, 2005, 496 p.). Anne-Marie Drouin-Hans explique que « Le roman, qui se situe dans l'Inde de la fin du XIX^e siècle, suit le cheminement d'une construction de soi, à travers la maîtrise d'une culture britannique retrouvée et d'une culture indienne préservée. On a dans ce roman une synthèse quasi démonstrative de la double nécessité identitaire : l'individuelle et la collective, la première pouvant se construire à travers une interprétation maîtrisée de la seconde. De façon générale, toute formation est une exploration de plusieurs identités possibles, et une construction de soi à partir d'une combinaison et d'une réinterprétation de ces identités », in Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *op. cit.*, pp. 17-26.

¹³⁹⁰ Des personnes atteintes de maladies au long cours, par exemple mentales, vivent leur « étiquette » au quotidien : ils sont identifiés à leur maladie par leur entourage, tout comme par leurs médecins, ce qui ne manque pas d'amplifier leur désarroi : « Lui, c'est un fou. Il est cancéreux. Elle, c'est une obèse dépressive et alcoolique. Cet enfant, un anorexique hyperactif ». Ces identifications résonnent comme autant de condamnations, sans laisser beaucoup de latitude pour exister autrement. Or il n'est pas de carrière type ou de parcours déterminé dans l'histoire des souffrances que l'on porte. Même si, ainsi que l'indique Hervé Chneiweiss, l'« évolution de la médecine s'est progressivement traduite par une technicisation de l'acte de soin qui, en se focalisant sur l'identité de la maladie, a réduit la personne malade à cette maladie : un tuberculeux, un cancéreux, un diabétique, un hypertendu, etc. (...) Avec l'allongement de l'espérance de vie et l'apparition de maladies chroniques ou de longue durée, il s'agit désormais pour la personne d'apprendre à « vivre avec sa maladie », de l'incorporer à son identité de la même manière que l'on accepte, en prenant de l'âge, d'incorporer rides, calvitie ou lunettes à son image », in Hervé CHNEIWEISS, « L'identité en médecine : dispositifs techniques, gageures éthiques », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹³⁹¹ Il est commun d'assimiler les gens aux blessures dont ils sont affligés : les aveugles, les amputés, les boiteux, les handicapés, etc.

d'innocence ou de culpabilité¹³⁹², etc. ... il y a donc explosion et extension¹³⁹³ exponentielle des identités visibles en une mosaïque singulière¹³⁹⁴.

L'identité correspond pour tout individu à un assemblage d'une multitude de facettes¹³⁹⁵, en ce que l'anthropologue Marcel Mauss aurait qualifié de « phénomène total »¹³⁹⁶ : identité psychique, identité projective¹³⁹⁷, identité morale, identité sociale, identité professionnelle,

¹³⁹² Être voleur, violeur, faussaire, truand, lâche, égoïste, avare, démissionnaire, arriviste, négligeant, incompetent, défaillant ... autant d'inscriptions souvent ineffaçables qui obèrent l'existence au long cours.

¹³⁹³ Assez révélatrice en ce sens, la multiplication impressionnante des prénoms en tant que marqueurs d'intégration : le prénom, tel un « badge » affiché, que l'on porte à vie, raconte souvent à l'entourage d'où l'on vient, et parfois aussi où l'on veut aller. L'INED, l'Institut national d'études démographiques, a publié le 10 avril une étude réalisée par Baptiste Coulmont et Patrick Sigmon qui se sont intéressés à la signification du choix des prénoms sur trois générations ; choix qui reflètent à la fois un héritage culturel et des normes dominantes. Jusqu'en, 1993, les règles administratives favorisaient plutôt les prénoms « en usage dans les différents calendriers » ; depuis, l'éventail des choix possibles s'est considérablement amplifié : en 1945, il existait 2000 prénoms ; en 2017, on en recense plus de 13 000. Par ailleurs, les prénoms « mixtes », c'est-à-dire mêlant les origines, mais de plus en plus proches de ceux de la population majoritaire, c'est-à-dire connotés d'un caractère religieux ou culturel de moins en moins marqué pour les enfants d'immigrés, sont signes d'un détachement de la culture d'origine, ce qui nous ramène au phénomène de similitude. Parallèlement, à cette évolution dominante, on observe aussi l'émergence d'un phénomène de réaffirmation identitaire minoritaire, au travers de certains prénoms à très forte religiosité, bibliques chez les juifs, ou très traditionnels chez les catholiques, in Louise COUVELAIRE, « Immigrés : les prénoms marqueurs de l'intégration », in *Le Monde*, 11 avril 2019, p. 11.

¹³⁹⁴ Sans confusion avec le trouble des identités multiples, dit trouble dissociatif de l'identité, identifié comme une pathologie, liée à la présence de plusieurs « états de personnalité » qui émergent tour à tour dans le comportement d'une personne.

¹³⁹⁵ Cf. Jacques SALIBA, « De l'identité aux identités », *Champ psychosomatique*, op. cit., pp. 5-7.

¹³⁹⁶ Marcel MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, PUF, Quadrige, 9^{ème} édition, 2002, 544 p.

¹³⁹⁷ En psychanalyse, l'identification projective a été introduite par Mélanie Klein. Ce terme désigne le fait de projeter sur un objet (qui peut être une personne), les caractéristiques du soi pour s'y reconnaître. Elle devient un mécanisme de défense pathologique quand il s'agit de prendre possession de cet objet, avec un désir de contrôle, v. « identification projective », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., pp. 192-193.

identité culturelle¹³⁹⁸, identité de genre, identité sexuelle¹³⁹⁹, etc. Ainsi, « une identité grossière, immédiate, une identité « de surface » doit laisser la place à une quête des structures profondes qui façonnent l'identité dans son aspect relationnel : la question de l'Autre apparaît comme constitutive de l'identité »¹⁴⁰⁰. Selon Pierre Murat, le droit, dans une veine « symbolico-collective » que l'on peut qualifier de « nominaliste »¹⁴⁰¹ quand il attribue des qualifications juridiques, institue des représentations sociales qui produisent des effets en assignant des places. De l'addition et de la combinaison de ces places découlent des éléments structurants de l'identité qui rattachent chaque personne à des catégories préétablies¹⁴⁰².

L'actuelle richesse et la complexification de l'identité génèrent des « crises » identitaires, individuelles et sociales, car au milieu de ce fourmillement, des identités peuvent entrer en conflit, on ne sait parfois plus qui on est, d'autant plus que l'on ne reste pas identique à soi-même tout au long de la vie, et « l'immatérialité de l'identité comme les espaces infinis de Pascal effraie »¹⁴⁰³. On dit que la personne est, par étymologie, le masque. Or qu'y a-t-il derrière

¹³⁹⁸ Anne-Marie Drouin-Hans explique que « les “cultures“ sont loin d'être des entités closes sur elles-mêmes. Même les quelques groupes humains ayant vécu apparemment dans l'isolement ont eu des contacts avec d'autres, ne serait-ce que sous forme conflictuelle. En fait d'identités culturelles, on a affaire à des traits culturels qui s'entrecroisent et forment des configurations mouvantes et évolutives. L'acculturation est générale, les emprunts, les influences, les récupérations partielles créent une grande complexité dans l'organisation des groupes humains, tant à l'échelle des nations qu'à celle des petits groupes sociaux, ethniques, ou générationnels. Si l'on se contente d'entendre par « identité culturelle » un ensemble de traits dominants partagés par un groupe plus ou moins étendu (de l'État à l'entreprise, du continent au groupe d'amis), et si en outre on pense en termes de statistiques et non en termes d'essence ou de type, on pourra admettre qu'un même individu est à la croisée de plusieurs cultures, et que son identité personnelle est le produit d'identités culturelles multiples, mais dont aucune ne le détermine absolument », in Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

¹³⁹⁹ V. Titre II, Partie II : Identité humaine et ordre sexuel.

¹⁴⁰⁰ Jean-Marie BENOIST, « Facettes de l'identité », in *L'identité*, Séminaire dirigé par Claude Lévi-Strauss, Quadrige / PUF, 1983, p. 17.

¹⁴⁰¹ Yves LEQUETTE, « Observations sur le “nominalisme législatif“ en matière de filiation », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, p. 647 et s.

¹⁴⁰² Pierre Murat rajoute que « L'individu prend place dans un cadre socialement donné et ne se construit pas totalement lui-même dans la toute-puissance d'un demiurge : le lien de droit inscrit l'individu dans des structures sociales et des champs de valeurs qui lui préexistent et le dépassent, mais qui lui donnent aussi son identité. Par conséquent, plus qu'une opposition entre une veine utilitariste et une veine symboliste, il s'agit plutôt d'une combinaison et d'un équilibre instable entre elles, car le droit ne peut s'abstraire ni des résultats concrets qu'il produit dans les vies de chacun, ni des représentations collectives et du sens qu'il secrète », in Pierre MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 53.

¹⁴⁰³ Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *op. cit.*, pp. 17-26.

le masque, sinon un autre masque ? On ne peut voir dans l'identité, à la manière d'Erving Goffman, qu'un ensemble de rôles et de masques¹⁴⁰⁴. Quand un grand match de football passionne, on se mobilise, on sort le drapeau d'un État dans lequel on ne vit pas. Des mouvances politiques et sociales auxquelles on s'identifie parfois très ponctuellement peuvent créer des dissensions aux conséquences potentiellement dramatiques. Jusqu'à la fin du 19^{ème} siècle, on était français, il y avait l'identité nationale et familiale. Les deux piliers étaient simplement Nation et Famille, et tout était dit. Il n'y avait ni partis¹⁴⁰⁵, ni syndicats¹⁴⁰⁶, ni associations¹⁴⁰⁷. Aujourd'hui, le développement des régionalismes, les populations exilées, les personnes non hétérosexuelles mais profondément croyantes et qui appartiennent à une communauté religieuse qui nie leur condition, les personnes dont le sexe n'est pas reconnu par le droit¹⁴⁰⁸, sont autant d'exemples parmi de nombreux autres, de situations douloureuses où des personnes sont dans l'incapacité de dire et de vivre leur identité dont la composition peut être juridiquement indicible.

Il reste que nous pouvons être quotidiennement impliqués dans de très nombreuses connexions avec des groupes multiples, sans qu'aucun phénomène d'ordre identitaire « d'importance » n'entre en ligne de compte. Car si nous sommes bien dans « le temps des tribus »¹⁴⁰⁹, des cercles, des microgroupes, nous ne sommes pas pour autant dans le temps des identités polymorphes, complètement interchangeable et infinies. Un élément de durée et d'institutionnalisation est nécessaire pour que chacun puisse tisser de la relation aux groupes. Le mécanisme de la construction identitaire nécessite la présence de tiers afin que des liens se constituent à travers des processus qui peuvent prendre diverses formes de rituels pour souder la liaison aux groupes.

¹⁴⁰⁴ Erving GOFFMAN, *La Mise en scène de la vie quotidienne*, t. I, *La Présentation de soi* (1956), Minuit, 1973, 256 p.

¹⁴⁰⁵ Les partis politiques, simples associations, ne sont reconnus officiellement que depuis 1958. La Constitution consacre leur liberté de création et d'action mais ne leur confère pas de statut.

¹⁴⁰⁶ Les 2 et 17 mars 1791 sont promulgués le décret d'Allarde et la loi le Chapelier, le premier supprime les corporations, le second interdit les organisations ouvrières, dont les corporations des métiers, ainsi que les rassemblements paysans et ouvriers, et le compagnonnage. La loi Waldeck-Rousseau de 1884 permet la création des premiers syndicats, abrogeant la loi Le Chapelier.

¹⁴⁰⁷ Le 1^{er} juillet 1901, au terme d'une longue bataille parlementaire, Pierre Waldeck-Rousseau fait adopter la loi "relative au contrat d'association", dont la portée très étendue garantit une des grandes libertés républicaines.

¹⁴⁰⁸ Cf. Titre II : Identité humaine et ordre sexuel.

¹⁴⁰⁹ Michel MAFFESOLI, *Le temps des tribus, Le déclin de l'individualisme dans les sociétés post modernes*, La Table Ronde, La petite Vermillon, 2019, 368 p.

Le droit s'en préoccupe quand il est nécessaire que ces liens constitutifs de l'identité soient fixés par des normes juridiques¹⁴¹⁰ qui entérinent, parfois artificiellement, la nationalité, le sexe, l'âge, le domicile, ou même la religion comme sous les lois de Vichy. Il transforme les relations en liens : liens de filiation, liens conjugaux ou encore liens de parenté, etc. Ces connexions ne sont pas toujours volontaires, elles peuvent être seulement liées à des situations.

Au nom de ces normes, certaines identités superposables sont interdites, déniées ou étouffées. Officiellement sur les documents d'identité, et à l'état civil, on est Français, mais pas « breton » ou « catalan ». On ne peut pas, se dire « juif » sur un document officiel d'identité, alors que c'est un signe d'identité sociale plurimillénaire¹⁴¹¹. Le polymorphisme social est aussi le creuset de réactions de rejet : l'identité par les similitudes peut conduire à des réactions totalitaires, quand l'État entreprend de limiter la multiplicité buissonnante des identités et d'imposer des modèles, avec la tentation d'un repli, avec le fantasme dévastateur de la ressemblance par la « race », comme critère fondateur. Anne-Marie Drouin-Hans explique que « la revendication de l'identité collective génère les pires dangers, mais son refus aboutit à une uniformisation générale, qui est une image de l'enfer »¹⁴¹². Et dans un tel contexte, l'histoire a montré que l'humain ne se limite pas à l'humain. Romain Gary le formule en ces termes : « le mot humanité comporte l'inhumanité : l'inhumanité est une caractéristique profondément humaine »¹⁴¹³.

Ces relations multiples ne se conforment pas à une hiérarchie, elles se combinent de façon instable et rotative, de telle sorte que les éléments qui tiennent de l'identité personnelle et de l'identité sociale sont les termes d'un processus en boucle recommencé et régénéré

¹⁴¹⁰ Le terme est ancien, *norma* qualifie les mesures standards à partir desquelles on détermine la bonne conformité d'un objet, quels que soient leur degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de généralisation.

¹⁴¹¹ Le terme de « juif », est issu du latin *Judaeus*, de la tribu de Juda. La plupart des Hébreux qui revinrent de leur captivité de Babylone occupèrent en effet l'ancien territoire de la tribu de Juda. Il désigne comme nom et comme adjectif une personne qui descend du peuple d'Abraham, et s'affirme comme de la tradition d'Abraham et de Moïse. La judéité commence dont par un fait ethnique, un sentiment d'appartenance, une installation sur un territoire, et l'établissement d'un foisonnement coutumes, de cultures et de croyances, qui permettent à cette communauté aujourd'hui dispersée, à travers une certaine cohérence de traverser les siècles et de survivre à l'assimilation par d'autres nations. Les différentes catégories que transcende cette identité traduisent le fait religieux, national, culturel, ethnique ou politique.

¹⁴¹² Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, *op. cit.*, pp. 17-26.

¹⁴¹³ Romain GARY, cité par Boris CYRULNIK, in Edgar MORIN et Boris CYRULNIK, *Dialogue sur la nature humaine*, L'Aube-intervention, 2000, 96 p.

indéfiniment¹⁴¹⁴. Il y a dans cette praxis une interaction entre des composantes génétiques, biologiques, psychiques, culturelles, économiques, sociales, et juridiques, et puis celle de la famille, qui telle un « microcosme quasi fractal »¹⁴¹⁵ de la société est devenue le sein d'un noyau de complexité humaine.

Section II

L'identité par la filiation

La filiation institue les personnes comme sexuées et mortelles, ce que traduit leur état civil qui les inscrit dans une chaîne généalogique dans laquelle leurs identifications prennent appui. La famille est la matrice archaïque de l'identité sociale, le creuset de la structure identitaire (I). Elle évolue socialement¹⁴¹⁶ et juridiquement¹⁴¹⁷, et l'identité se construit manifestement dans un désir de complémentarité (II).

I. La famille comme creuset de la structure identitaire

¹⁴¹⁴ Anne-Marie Drouin-Hans en conclut que « La tension entre la recherche de l'identité dans la constitution du moi et l'ouverture à l'altérité, y compris de l'autre en moi, fait de l'identité une quête infinie, pleine de dangers, mais rassurante tout autant, qui comme en un travail de Pénélope fait et défait les identités dès que l'on croit les avoir trouvées. (...) L'identité supportable ne peut être que décentrée et consciente de son inachèvement dynamique », in Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴¹⁵ Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, p. 157.

¹⁴¹⁶ Au point que « pour la première fois en 2018 selon le recensement de l'INSEE, le modèle traditionnel de la famille nucléaire hétérosexuelle avec ses enfants biologiques n'est plus majoritaire », in Daniel BORRILLO, « Le jacobinisme bioéthique, mettons fin à une exception française », *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹⁷ En 1965 survient la première réforme des régimes matrimoniaux qui permet aux femmes d'exercer une profession sans l'accord de leur mari ; en 1966, la légitimation adoptive est transformée en adoption plénière ; en 1970, la notion de chef de famille est supprimée au profit de l'autorité parentale conjointe ; en 1972, une nouvelle loi sur la filiation abolit en grande partie les différences entre enfant naturel et enfant légitime ; en 1975, le divorce par consentement mutuel devient possible ; en 1985 les époux deviennent égaux dans les régimes matrimoniaux ; en 1994, les lois bioéthiques permettent l'assistance médicale à la procréation ; en 1999 le pacte civil de solidarité (Pacs) émerge ; en 2013, c'est le mariage pour tous ; en 2020, le projet de loi bioéthique prévoyait notamment l'ouverture de la PMA à toutes les femmes, la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a élargi l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes célibataires.

La famille est le premier lieu de l'intersubjectivité, de l'apprentissage des identifications, et de la construction de soi. C'est là qu'enfant, nous apprenons de multiples « nous » et déployons notre identité, entre conformité aux nôtres et autonomie¹⁴¹⁸. Le droit saisit cette identité et établit notre filiation en lien avec notre famille. Une famille qui, pendant des siècles, a été un objet aisément définissable, identifiable, traçable, comme le lieu de l'émergence de soi (A), mais depuis une cinquantaine d'années, elle se métamorphose, en agencements tout à fait nouveaux (B).

A. Le lieu de l'émergence de soi

Longtemps, le droit de la famille, mû par une logique normative, a structuré le comportement des personnes en leur prescrivant des modèles familiaux stables et déterminés, avec un modèle de filiation unique consacré par le Code civil. L'homme-père, la femme-mère, et leur(s) enfant(s). Un modèle repris par la psychanalyse pour laquelle l'axe anthropologique se restreignait à l'immanence œdipienne.

La psychanalyse situe la famille comme unité de base, lieu qui articule l'expérience œdipienne et le lien social. Elle est la matrice du pulsionnel, le lieu de gestation de l'inconscient, le noyau des conflits fondateurs du devenir de chacun. Elle est l'humus, le terrain nourricier, et pas seulement le « décor de la genèse du sujet inconscient »¹⁴¹⁹. Elle est l'origine d'histoires personnelles, et « c'est là, dans le tissu relationnel de la parentalité et de la fratrie¹⁴²⁰, que va se jouer l'identité conflictuelle du sujet (...). La famille est donc le marqueur de toute la suite de la vie du sujet, mais il s'agit bien d'une mise en jeu dynamique, à la fois déterminée (...), et ouverte »¹⁴²¹. Elle est un lieu tout à fait à part, qui fonde la construction de l'identité à travers

¹⁴¹⁸ Pierre TAP, « Marquer sa différence », in Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, p. 49.

¹⁴¹⁹ Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, p. 550.

¹⁴²⁰ Chez Auguste Adler la question de la relation d'une personne à sa fratrie est décisive dans la construction de son identité. Sigmund Freud est en désaccord avec cette surestimation de la dimension de rivalité comme marque de la « volonté de puissance » ; il pense que la relation à la fratrie intervient possiblement comme « régulateur » de la relation parentale, et que le rapport de rivalité et d'émulation intrafamiliale participe de la genèse du sentiment social, et donc du passage de la famille à l'appartenance sociale, in Jacques LACAN, *Les complexes familiaux*, Books LLC, 2010, 24 p.

¹⁴²¹ Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, p. 550.

la distribution de l'unité et du multiple, de l'individuel et du collectif. Une personne appartient à un ensemble, à une communauté sociale et institutionnelle, mais c'est dans le cercle plus étroit de la famille qu'elle se forge, c'est là que s'initient les pulsions sociales. C'est d'ailleurs quand on observe les signes d'une crise de l'institution familiale, et que certains poussent des cris d'orfraie ¹⁴²² comme récemment, quand fut brandie la perspective d'une dislocation prétendument catastrophique du système de parenté et de filiation, que l'on voit la fascination de l'institution sociale pour la famille comme un espèce d'idéal collectif accompli¹⁴²³.

La famille sous sa forme la plus classique a longtemps constitué une évidence de liens - juridiques et psychanalytiques - entre un ensemble déterminé de personnes qui jouent différents rôles sexuellement organisés par la parenté ou par l'alliance¹⁴²⁴. C'est en son sein que se structure l'identité psycho-sexuelle et que s'élaborent les identifications¹⁴²⁵ constitutives qui déterminent la double face individuelle et sociale de toute personne. Via différents symptômes - modes de dépendance, conflits identificatoires, difficultés de sevrage, tensions mimétiques,

¹⁴²² « Instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service d'un fantasme. C'est fatal dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste héritière du nazisme », in Antoine SPIRE, « Entretien avec Pierre : Legendre : Nous assistons à une montée de l'obscurantisme », *Le Monde*, 23 octobre 2001. Jacques Commaille émet une idée apparentée : « La filiation ne serait plus ce symbole au principe de la structuration sociale autant que personnelle, cet acte réel et symbolique posant tout autant la société que l'individu et, à juste titre, justifiant une mobilisation extrême des forces sociales pour en garantir les formes et les conditions ; elle serait dorénavant exposée au prétexte de marchandage politiciens ou corporatistes, de négociations susceptibles d'aboutir à des compromis, sinon à des compromissions » ; in Jacques COMMAILLE, « Une régulation juridico-politique du « privé » à la recherche politique d'un nouveau modèle démocratique », in Louis ASSIER-ANDRIEU et Jacques COMMAILLE (dir.), *Politique des lois en Europe ; la filiation comme modèle de comparaison*, LGDJ, 1995, p. 181.

¹⁴²³ Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, p. 551.

¹⁴²⁴ Selon le Code civil la famille s'exprime d'abord par l'alliance qui résulte du mariage, lequel par un lien de droit unit les époux et chacun d'eux aux parents de son conjoint ; le concubinage en revanche ne crée pas de liens juridiques d'alliance, ni le pacs qui n'emporte que certaines conséquences juridiques d'ordre contractuel. La famille s'exprime aussi par la parenté qui résulte de la filiation laquelle représente le lien entre une personne, sa mère et son père, et également les parents de ces derniers, ce qui l'inscrit dans une généalogie.

¹⁴²⁵ Par l'identification, il faut entendre un « processus psychologique par lequel un sujet assimile un aspect, une propriété, un attribut de l'autre et se transforme, totalement ou partiellement, sur le modèle de celui-ci. La personnalité se constitue et se différencie par une série d'identifications », *ibid.*, p. 187. L'identification, au sens de s'identifier, renvoie dans la langue courante à une série de concepts psychologiques, tels qu'imitation, empathie, sympathie, contagion mentale, etc. Pour Sigmund Freud, elle est bien plus qu'une mécanique psychologique « ordinaire », elle a une valeur centrale car elle construit véritablement la personne humaine, tout en portant dans certains cas sur l'ensemble de l'objet, ou seulement sur un trait unique de celui-ci.

tensions d'idéal¹⁴²⁶ - la famille affirme sa grande puissance sur le psychisme humain, et a fortiori, l'inconscient¹⁴²⁷.

Tous, nous naissons donc à l'intérieur d'un réseau de liens intrafamiliaux qui sont des structures qui nous incluent, ainsi que les objets auxquels nous sommes liés, et toutes sortes d'interactions mutuelles, à travers des processus de communication et d'apprentissage. La dimension sociale de la construction identitaire résulte au premier plan d'échanges avec les parents¹⁴²⁸, avec l'entourage, grâce auxquels les enfants connaissent des expériences sociales intersubjectives, car la famille est d'abord une réalité psychique, une formation essentiellement imaginaire et fantasmatique, un mythe individuel, un roman que chacun construit et reconstruit pour le transposer dans sa vie sociale.

Structure intermédiaire entre l'individu et la société, la famille est le cœur de la construction de l'identité, elle est le premier lieu d'échanges intersubjectifs et intergénérationnels, celui à partir duquel l'État a construit après la Révolution française, le socle de son système juridique. Le droit de la famille que l'on retrouve dans le Code civil, n'est pas simplement un ensemble de règles qui fixent des régimes matrimoniaux, des règles d'héritage ou encore les liens du mariage. C'est un dispositif complexe qui organise la société libérale du 19^{ème} siècle et en grande partie celle du 20^{ème} siècle. La famille sert de creuset aux représentations symboliques qui nourriront l'identité nationale. Le modèle du bon père de famille ne sert pas simplement de standard jurisprudentiel, il est une référence pour le fonctionnement du pouvoir. Bon père, bon petit père du peuple, père de la patrie, sont autant de figures qui servent à l'autorité de l'État. La famille,

¹⁴²⁶ L'idéalisation est définie comme un « processus psychique par lequel les qualités et la valeur de l'objet sont portés à la perfection. L'identification à l'objet idéalisé contribue à la formation et à l'enrichissement des instances dites idéales de la personne (moi idéal, idéal du moi) », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse, op. cit.*, p. 186. L'idéalisation, par exemple celle des parents, est constitutive des *instances idéales* d'une personne, mais elle n'est pas synonyme de formation de ses idéaux, puisqu'elle peut porter sur un objet tout à fait indépendant de la personne, comme un objet aimé, tout en restant toujours fortement empreinte de narcissisme. Quant au terme d'*objet*, il est, au sens psychanalytique, envisageable sous trois aspects : il est corrélatif de la pulsion, c'est-à-dire qu'il est ce en quoi et par quoi une personne cherche à atteindre son but (plaisir, satisfaction), c'est une personne ou un objet partiel, il est réel ou fantasmatique. Il est corrélatif de l'amour ou de la haine. Il est corrélatif pour celui qui le perçoit de ce qui s'offre avec des caractères propres, fixes et permanents, que l'on qualifierait en droit d'« objectifs ».

¹⁴²⁷ Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, p. 549.

¹⁴²⁸ Dès la naissance, la construction de soi passe par un apprentissage progressif, à la fois langagier, physique et émotionnel avec des parents qui nous apprennent à donner du sens à ce que nous vivons.

longtemps regardée comme une entité statique - ce qu'elle n'est plus du tout - offre depuis quelques décennies un champ d'investigation extrêmement riche à raison notamment d'importantes lois et jurisprudences qui font débat et se succèdent à intervalles réguliers¹⁴²⁹. « Autrefois pépinière de l'État, la famille est aujourd'hui une association libre d'individus »¹⁴³⁰. Le droit de la famille est passé à une logique sociale, et tend à consacrer une conception que l'on pourrait qualifier d'« hyper démocratique » de la famille¹⁴³¹.

B. La métamorphose des agencements familiaux

Les mutations qui ont lieu depuis quelques décennies dans le champ familial sont d'une telle ampleur que l'on peut, sans jeu de mot outrancier, parler de révolution plutôt que d'évolution. Geoffrey Willems considérait déjà en 2007 que la famille « était hier le socle sur lequel reposait la société et ce rôle déterminait ses caractéristiques : unicité, pérennité, hiérarchie et solidarité. Désormais, la famille est la sphère privilégiée de l'épanouissement individuel et à cette fonction nouvelle correspondent des caractères nouveaux : pluralité, fragilité, égalité et autonomie »¹⁴³². Les métamorphoses de la famille en agencements familiaux extrêmement variés ont lieu, à la

¹⁴²⁹ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, et qui ouvre de nouveaux droits pour le mariage, l'adoption et la succession ; récemment la reconnaissance jurisprudentielle des deux parents d'un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui (Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019 (10-19.053), arrêt n° 648, et Cass. Ass. Plén., 18 décembre 2019 arrêt n° 1111 et arrêt n° 1112 : la Cour « considère en effet qu'en présence d'une demande de transcription, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une GPA ni la circonstance que l'acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ou parent ne constituent des obstacles à la transcription, à condition toutefois que l'acte étranger soit régulier, exempt de fraude et conforme au droit de l'État dans lequel il a été établi »), et enfin le projet de loi bioéthique adopté par l'Assemblée le 31 juillet 2020 et qui a donné la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique qui a autorisé les couples de femmes et les femmes célibataires à accéder à l'assistance médicale à la procréation, hormis les hommes transgenres dont l'état civil a été modifié pour correspondre à leur identité. Par ailleurs, le gouvernement a pour le moment rejeté l'autorisation des dons de gamètes au sein des couples de femmes, y compris le don de sperme des femmes trans à leur conjointe, ce qui aurait permis aux deux mères d'établir un lien biologique avec leur enfant. Il faut aussi relever que dans le débat sur la nouvelle loi bioéthique, « le don d'ovules est « sous-organisé », comme écrasé par le don de sperme », cf. Marie-Joëlle GROS, « Loi bioéthique : le silence des ovocytes », *Médiapart*, 28 août 2020.

¹⁴³⁰ Geoffrey WILLEMS, « Évolution contemporaine du droit de la famille en Europe », in Mireille Galtier et Jacques Besson (dir.), *Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ?*, Érés, 2007, pp. 71-89.

¹⁴³¹ Jean-Louis RENCHON, *Droit de la personne et de la famille*, t. I, Université catholique de Louvain, 2006-2007, p. 32-33.

¹⁴³² Cf. Geoffrey WILLEMS, « Évolution contemporaine du droit de la famille en Europe », *op. cit.*, pp. 71-89.

fois dans la sphère socio-économique et dans la sphère politico-juridique. Ainsi, dans un mouvement réciproque profondément progressiste, les changements sociaux influencent le droit, et les réformes juridiques influencent la société. Mireille Galtier et Jacques Besson écrivent que « l'enchaînement entre sexualité-conception-parentalité n'est plus qu'un avatar parmi de nombreux autres possibles et les combinaisons entre les trois registres sont multiples »¹⁴³³. La question des nouvelles conjugalités entérinées par le droit entraîne dans son sillage la problématique des nouvelles parentalités et d'une filiation de plus en plus complexe¹⁴³⁴. Les

¹⁴³³ Ces auteurs ajoutent que « chacune pose des problèmes éthiques, moraux, humains et questionne la construction identitaire de l'enfant qui va advenir », in Mireille GALTIER et Jacques BESSON « Avant-Propos », in *Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ?*, op. cit., pp. 7-9.

¹⁴³⁴ L'histoire suivante est éloquent : un homme et une femme, mariés en 1999 ont deux enfants. Dix ans plus tard, le mari choisi de devenir juridiquement femme, mais il conserve ses organes génitaux masculins. Son nouveau sexe est reconnu le 3 février 2011 par le TGI de Montpellier qui autorise sa transcription à l'état civil. Le couple poursuit ses relations sexuelles, et en 2014 un troisième enfant naît de leur union. La femme transsexuelle fait enregistrer chez un notaire sa reconnaissance prénatale de nature « *maternelle, non gestatrice* ». Mais après la naissance, l'officier de l'état civil refuse de transcrire cette reconnaissance de maternité, qui doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi française ne permet que dans le cadre de l'adoption, accessible aux couples de même sexe depuis la loi sur le mariage pour tous. Le 22 juillet 2016, le tribunal administratif de Montpellier rejette également cette demande de reconnaissance de filiation maternelle au motif que « la création d'un être humain procède de la rencontre d'un ovocyte (principe féminin) et d'un spermatozoïde (principe masculin) et qu'il est donc impossible que deux personnes du même sexe soient les parents biologiques d'un enfant ». Il rappelle que la filiation maternelle s'établit « par la gestation et l'accouchement », à la différence de la filiation paternelle, qui repose sur une reconnaissance de paternité ou sur une présomption de paternité du mari de la mère. La Cour d'appel de Montpellier constate que les « deux mères » s'opposent toutes deux d'une part à l'établissement d'une filiation paternelle, et d'autre part à ce que la filiation soit adoptive pour la « mère » transsexuelle. Par son arrêt inédit du 14 novembre 2018, elle permet l'inscription à l'état civil de la filiation des deux parents dont l'un, transsexuel, est devenu juridiquement femme tout en étant le père biologique de l'enfant né. Elle invente la notion de *parent biologique*, et décide d'une *filiation non sexuée*. Le procureur forme un pourvoi en cassation. La Cour de cassation casse partiellement cet arrêt, elle décide le 16 septembre 2020 (Cass. Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, arrêt n°519 18-50.080 ; 19-11.251) qu'une femme transgenre, née homme, ne peut pas être reconnue et enregistrée par l'état civil comme mère de sa fille, sans passer par l'adoption, et qu'il n'appartient pas aux juges de créer une nouvelle catégorie à l'état civil, telle que celle de « parent biologique ». Certes, l'art. 61-6 C. civ. précise que le fait de ne pas avoir subi d'opération chirurgicale, et de n'avoir pas perdu sa faculté de procréer n'est pas un obstacle au changement de sexe à l'état civil. Et si l'art. 61-8 C. civ. spécifie que le changement de sexe est sans effet sur les filiations établies antérieurement, aucun texte ne règle le mode d'établissement de la filiation des enfants engendrés ultérieurement. La cour estime cependant que les textes prévoient bien l'établissement du lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses deux parents, comme un élément essentiel de son identité, mais que ce lien doit correspondre à la réalité des conditions de sa conception et de sa naissance, la mère ayant accouché n'étant pas dans la même situation que la femme transgenre ayant conçu l'enfant avec un appareil reproductif masculin. Par ailleurs, l'établissement d'un lien de filiation paternel, *conforme à la réalité biologique* entre l'enfant et la personne transgenre - homme devenu femme - l'ayant conçu, concilie l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de cette personne, puisque celle-ci n'est pas contrainte par là-même de renoncer à l'identité de genre qui lui a été reconnue.

progrès de la science grâce auxquels on a découvert l'identité génétique¹⁴³⁵, ont permis un bouleversement profond des modes de procréation¹⁴³⁶, et de ce fait, des généalogies et de la parenté. Dans notre monde notre capacité de procréation avance presque plus vite que notre capacité de penser, et la question de la limite se pose. La procréation médicalement assistée ou PMA n'est plus seulement médicale, elle s'est installée dans le paysage social¹⁴³⁷ comme une autre façon d'avoir des enfants. Aujourd'hui, on peut être trois pour concevoir un enfant¹⁴³⁸. Des conflits d'identités surgissent - notamment parce que le droit français occulte l'identité des tiers donneurs de gamètes et donc également le lien génétique qui les relie à l'enfant conçu¹⁴³⁹

¹⁴³⁵ Florence Bellivier, dans son article « La réticence du droit face à la notion d'identité génétique » explique que l'identité génétique évoque en principe l'irréversibilité et le déterminisme, et marque l'unicité biologique des individus, la gémeité mise à part. Cette identité n'est cependant utilisée par le droit que pour connaître l'éventualité d'une maladie génétique (et la loi évoque les « caractéristiques génétiques), ou pour identifier des gens par leurs empreintes (une technique mise en place en 1985 d'abord pour identifier les cadavres de personnes noyées ou carbonisées lors de guerres ou de catastrophes). La déclaration internationale sur les données génétiques humaines du 16 septembre 2003 précise que l'identité individuelle ne saurait se limiter à ses caractéristiques génétiques. Et le droit « ne consacre pas la notion de sexe chromosomique », puisqu'il s'en tient au sexe apparent (Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, deux arrêts, bull. civ. n°13, et art. 61-5 C. civ. depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016), mais il admet depuis une ordonnance de 2005 le recours aux empreintes au titre de la liberté de la preuve en matière de filiation. V. aussi Pascale BLOCH et Valérie SEBARDT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, 172 p.

¹⁴³⁶ Avec la FIV, on sort la reproduction du corps de la femme, la fécondation a lieu en laboratoire, et l'embryon obtenu regagne le corps de la femme. René Frydman, médecin de la reproduction, Jacques Testart, biologiste qui a permis la naissance du premier bébé éprouvette, parlent d'une véritable transgression.

¹⁴³⁷ Et alors même qu'une femme a passé l'âge de procréer, le « c'est encore possible » peut devenir une injonction et l'enfant est devenu un enjeu de société. Le désir d'enfant peut ressembler à un kaléidoscope entre le désir d'en faire un pour soi, et le sentiment de dette à honorer vis-à-vis de ses parents ou de la société. C'est aussi, le désir d'échapper à la mort, de mettre une descendance en jeu au-delà de soi.

¹⁴³⁸ C'est le cas quand il y a un tiers donneur de gamète, anonyme en France. Chaque année, environ un enfant sur 30 est aujourd'hui issu de PMA sur notre territoire (cf. *Sciences et Avenir*, 25 juillet 2018). Un des derniers tabous de la société a été d'ouvrir la PMA à toutes les femmes, y compris celles qui sont en couple, et celles qui sont seules. Cette technique est mise au service du désir au-delà de la pathologie, et permet d'avoir des enfants après l'âge le plus fertile. Sur tous les continents le désir d'enfant est devenu un « marché ». Tous les ans les géants de ces techniques de laboratoire se réunissent en « salon ». Ils proposent sans cesse de nouveaux services. Ils proposent aux femmes de congeler leurs ovocytes pour des grossesses différées, ce qui permet à certaines d'échapper à au calendrier effrayant de l'enfantement réalisé à temps, et du succès simultané de leur carrière. La PMA serait un « produit » qui représente 20 milliards de dollars.

¹⁴³⁹ Le principe du secret des origines est enraciné dans le droit français : l'anonymat des donneurs de gamètes est consacré à la fois par le Code civil et par le Code de la santé publique, il résulte des lois bioéthiques n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, et n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Seule la « nécessité thérapeutique » est éventuellement dérogoire. Les enfants nés grâce à un don de gamètes ignorent donc leurs origines génétiques. Or le principe de l'anonymat est de plus en plus contesté, le désir de connaître ses origines se fait entendre.

- et les nouvelles questions juridiques qui se posent conduisent à des remaniements du droit de la famille¹⁴⁴⁰ et fragilisent la conception freudienne de la construction identitaire¹⁴⁴¹. Décomposée, recomposée, monoparentale ou homoparentale, pour la plupart complexifiée, dilatée voire éparpillée, la famille demeure néanmoins une sorte d'idéal social. En même temps, l'évolution des particularismes et des traditions culturelles conduit à questionner nos valeurs les plus « universelles », et plus particulièrement nos certitudes afférentes au système familial en tant que base de la structure identitaire, puisqu'elle est désormais fondée sur le couple sexuel, marié ou non, plus que sur la filiation.

Un principe qui reste aussi en porte à faux non seulement au regard des PMA mais aussi des accouchements sous X (cf. Hélène GAUMONT-PRAT, « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Droit de la famille*, mai 2003, chron. n° 14, p. 4 ; Geneviève DELAISI de PERSEVAL, « Origines ou histoire ? Plutôt tenter de se constituer une identité narrative », *Actualité juridique de la famille*, mars 2003, n° 3, p. 94). La loi 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption est venue enjoindre les services de l'aide sociale à informer les personnes qui leur confient un enfant de la possibilité de donner des renseignements les concernant, sans que très paradoxalement, ces renseignements portent atteinte au secret de l'identité. Mercredi 2 octobre 2019, l'Assemblée a voté un article du projet de loi bioéthique qui envisage de lever l'anonymat des donneurs de gamètes. Un changement qui serait une avancée majeure pour les enfants nés grâce à un don de sperme ou d'ovocytes et qui aspirent à connaître leurs origines. Mais paradoxalement, en ouvrant l'accès aux informations sur le donneur, on crée ainsi une fausse réponse biologisante à une vraie question, parce que le spermatozoïde n'est pas le père, l'ovule n'est pas la mère non plus. Or les parents sont là pour élever leur enfant, transmettre le nom, l'histoire, des attentes, une légende, une culture, des éléments très différenciés et singuliers.

¹⁴⁴⁰La filiation est une des notions premières à partir de laquelle s'est construit le droit de la famille qui s'est diversifié au fil des évolutions sociologiques afférentes aux naissances ; il a pris la voie de la reconnaissance de la vérité biologique, tout en rendant le statut de l'enfant indépendant de la situation matrimoniale de ses parents (en supprimant les notions différenciées et hiérarchisées de filiation légitime et naturelle) depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 qui a porté réforme du droit de la filiation, suite à la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006), qui a modifié en profondeur la structure du titre VII de la filiation du Livre premier *Des personnes* du Code civil. Nombre de mutations sont liées aux naissances hors mariage, à l'avènement des preuves scientifiques bouleversant la sécurité du droit de la filiation (Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *Bull. civ.*, 2000, I, n° 103 ; *JCP éd. G.*, 2000, II, 10409, concl. Cécile PETIT, note Marie-Christine MONSALLIER-SAINT-MLEUX, « Condition du droit d'accès à la preuve scientifique en matière de filiation », *Droit de la famille*, juin 2000, com. n° 72, p. 13, note Pierre MURAT « L'expertise biologique sollicitée s'impose au juge », aux nouvelles techniques de procréation médicalement assistée (PMA) et de gestation pour autrui (GPA) - ces dernières restant illégales et sources d'épineux conflits judiciaires) - et aux revendications de parenté issues de familles homosexuelles ou recomposées (v. Norbert ROULAND, « En quête d'identités », in Françoise DEKEUWER- DEFOSSEZ, Albert DONVAL, Philippe JEAMMET et Norbert ROULAND, Dominique QUINIO (préf.), *Inventons la famille !*, Bayard, 2001, p. 144).

¹⁴⁴¹Le fait que l'on puisse institutionnaliser médicalement la fabrication d'un enfant sans père repose évidemment la question de savoir « qu'est-ce qu'un père ? ». Anthropologiquement on dit que le père est incertain et la mère a toujours été posée comme certaine. Or avec les couples de femmes, la mère devient incertaine elle aussi, car laquelle est vraiment la mère, celle qui a porté l'enfant ou l'autre ?

La psychanalyse et le droit ont théorisé une famille archaïque, et ces deux savoirs sont aujourd'hui embarrassés par ce modèle primordial devenu obsolète face à la réalité de l'évolution sociale contemporaine. Sigmund Freud situe la tête-de-Janus, le bifron de la conjonction de l'inconscient individuel et du social, dans la « transposition *idéaliste* de la horde primitive »¹⁴⁴² : c'est-à-dire que pour se construire leur identité à travers l'élaboration du lien social, les fils font revivre le père par la voie de l'idéalisation ; une idéalisation qui, par sa fonction défensive¹⁴⁴³ contre les pulsions destructrices, et en relation avec le dégagement de la notion de narcissisme¹⁴⁴⁴, leur permet de se constituer des « instances idéales »¹⁴⁴⁵, et de se construire en tant que sujets. Si on pense encore, à l'instar de la pensée freudienne, que l'essence inconsciente de la famille reste celle de la « horde primitive » dominée par le « père de la horde » - un tyran, un personnage obscène et effrayant qui renvoie à « l'image d'un sujet qui fait ce qu'il désire et surtout possède tout ce qui existe »¹⁴⁴⁶ - dont le meurtre entraîne la dissolution de cette horde et la fondation par les fils révoltés de leur propre famille¹⁴⁴⁷, cette vision

¹⁴⁴² Cf. Sigmund FREUD, *Psychologie de masse et analyse du moi*, Éditions Points, Essais, 2014, 175 p.

¹⁴⁴³ Cette fonction défensive de l'idéalisation a été mise en évidence notamment par Mélanie Klein : elle serait directement proportionnelle à un clivage intense entre un « bon » objet idéalisé, doté de toutes les qualités (comme le sein maternel inépuisable, chaud, bienfaisant, qui représente l'amour et la sécurité) et un « mauvais » objet dont les traits préjudiciables sont également amplifiés. La théorie kleinienne évoque l'empreinte laissée par de « bons liens », qui s'originent dans les expériences gratifiantes, et de « mauvais liens » établis à la suite d'expériences frustrantes, in Mélanie KLEIN, « Some Theoretical Conclusions regarding the Emotional Life of the Infant », in *Developments*, 1952, p. 222.

¹⁴⁴⁴ La notion de narcissisme vient enrichir le phénomène d'identification : dans *Pour introduire le narcissisme* (Payot, 2012, 160 p.), Sigmund Freud établit une dialectique qui relie le choix d'objet narcissique et l'identification : le sujet, ou l'une de ses instances, se constitue sur le modèle de ses objets antérieurs, tels que ses parents, ou des personnes de son entourage.

¹⁴⁴⁵ Parmi ces instances, l'*idéal du moi* qui est un terme employé par Freud dans le cadre de sa seconde théorie de l'appareil psychique, est une « instance de la personnalité résultant de la convergence du narcissisme (idéalisation du moi) et des identifications aux parents, à leurs substituts, et aux idéaux collectifs. En tant qu'instance différenciée, l'idéal du moi constitue un modèle auquel le sujet cherche à se conformer », in Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, op. cit., p. 184. Ainsi, les parents idéalisés sont exaltés psychiquement et « agrandis ».

¹⁴⁴⁶ Benjamin, LÉVY, « Le point de vue psychanalytique permet-il de mieux comprendre ce que le droit fait aux gens ? », in François TERRÉ (dir.) *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, p. 27.

¹⁴⁴⁷ Des fils auxquels revient ensuite « la tâche délicate de s'entendre les uns avec les autres pour réguler la petite société qu'ils composent », *ibid.* C'est la thèse de *Totem et tabou*, avec cette ironie que les petits Œdipe répètent indéfiniment et fantasmatiquement cet acte originaire pour trouver leurs marques et se construire, au-delà de la violence. Ainsi que l'explique Alexandra Papageorgiou-Legendre, la structure subjective, triangulaire œdipienne est considérée comme donnée permanente avec ses variantes parce

longtemps invariante est remise en cause au regard de l'actuel éclatement des modèles familiaux¹⁴⁴⁸.

Que reste-t-il des schémas de la psychanalyse alors que les familles sont métamorphosées ? Comment s'effectuent les mécanismes de transmission sur le terrain juridique¹⁴⁴⁹ et symbolique alors que les filiations sont devenues extrêmement complexes ? Au-delà de ces questions très générales et théoriques, le droit est confronté à des questions pratiques tout aussi essentielles. On peut prendre pour exemple la question sensible du droit au regroupement familial. Que veut dire le droit au regroupement familial alors que la définition de la famille se transforme ?

Juridiquement, comme dans un travail psychanalytique, on déroule son histoire familiale, on part d'une unicité historique pour aller vers une multiplicité identitaire qui correspond à une réalité empirique ; on donne à voir une exploration de strates. Le juge français a de quoi être soucieux voire perplexe quand par exemple la question se pose de savoir quelle identité faire prévaloir en matière de droit international. Et quand il s'agit de mettre en œuvre un droit au regroupement familial, le dilemme est fréquent entre identité réelle et identité juridiquement acceptable. Quand un étranger non européen, titulaire d'un titre de séjour en France, souhaite que son conjoint et ses enfants le rejoignent, les conditions énoncées par le CESEDA¹⁴⁵⁰ sont très strictes¹⁴⁵¹ et peuvent aboutir à des tensions insoutenables : le regroupement ne concerne

qu'elle se reproduit à travers les générations, in Pierre LEGENDRE et Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Leçons IV suite 2, Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Fayard, p. 27.
¹⁴⁴⁸ Jean-Pierre DEFFIEUX, « La famille est-elle nécessairement œdipienne », in *L'école de la cause freudienne*, 31 janvier 2013 ; <https://www.causefreudienne.net/la-famille-est-elle-necessairement-oedipienne/>, p. 2.

¹⁴⁴⁹ Cf. Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit de la famille en quête de sens », *Revue Projet*, vol. 322, no. 3, 2011, pp. 33-40.

¹⁴⁵⁰ Le Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et Du droit d'Asile, dans sa version consolidée au 25 mars 2019.

¹⁴⁵¹ Le demandeur au regroupement familial doit résider en France depuis plus de 18 mois (12 mois pour les algériens), il doit disposer de ressources « suffisantes » (au minimum l'équivalent du SMIC) estimées et majorées en fonction du nombre de ses enfants, sachant que les prestations sociales de base sont exclues de ce calcul : Revenu de Solidarité Active (RSA), prestations familiales versées par la CAF ; allocation d'insertion, l'allocation temporaire d'attente ; allocation de solidarité aux personnes âgées et l'allocation équivalent retraite ; aide personnalisée au logement ; versements d'argent de la part de membres de la famille s'ils ne sont pas stables. Le logement prévu pour accueillir la famille doit être salubre et être d'une superficie minimale exigée en fonction de zones (zonage ABC, arrêté du 19 décembre 2003 modifié). Par ailleurs il doit connaître et respecter les principes essentiels qui,

que l'époux majeur et les enfants mineurs¹⁴⁵²; il exclut les ascendants. Par ailleurs la polygamie étant prohibée en France¹⁴⁵³, un seul époux et les enfants issus de son union avec le demandeur peuvent prétendre au regroupement familial, ce qui suppose que l'étranger muni de son titre de séjour régulier se trouve contraint de faire un choix cornélien parmi ses conjoints et même parmi ses enfants. S'il fait venir plus d'un conjoint en France, ou des enfants qu'il a eus avec un second conjoint, il perd son titre de séjour. Une nouvelle loi, la loi pour une « immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie », a été promulguée le 10 septembre 2018¹⁴⁵⁴. Elle élargit la notion de réunification¹⁴⁵⁵ (moins connue que le regroupement, mais qui ne concerne que les réfugiés et non tous les migrants), mais elle raccourcit les délais pour

conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil. Quant à la famille rejoignante, elle doit résider hors de France (sauf, et à titre exceptionnel si les personnes concernées sont déjà sur le territoire français pour des raisons spécifiques telles que la nécessité de ne pas séparer les membres de la famille, l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger en cas de renvoi, ou encore si des étrangers se sont mariés en France dès lors que l'un d'eux possède déjà un titre de séjour d'un an en cours de validité, et que toutes les autres conditions du regroupement familial sont réunies. La loi du 7 mars 2016 impose que l'étranger admis au séjour pour la première fois en France s'engage dans un parcours personnalisé d'intégration républicaine. Aucun des membres de la famille ne doit présenter de menace à l'ordre public, même si cette notion est difficile à définir et concerne un corpus de règles afférentes à l'organisation de la Nation, l'économie, la morale, la santé, la sécurité, la paix publique, les droits et libertés fondamentales de chaque personne. De plus, il ne faut pas être atteint d'une maladie inscrite au règlement sanitaire international ou mettant en danger l'ordre public ou la sécurité publique (fièvre jaune, variole, peste, choléra, tuberculose, lèpre, etc.). Il ne faut pas non plus être atteint de toxicomanie aux substances ou plantes classées comme stupéfiants ; ni d'aucune affection mentale en évolution, ou chroniques grave et « incompatible avec la vie sociale », y compris les aliénations mentales profondes. Enfin, le regroupement familial partiel est interdit, sauf en cas d'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁴⁵² L'âge des enfants est apprécié au moment de la demande.

¹⁴⁵³ La ministre déléguée en charge de la Citoyenneté, Marlène Schiappa, a annoncé le 5 octobre 2020, sur BFMTV, dans l'émission de Jacques Bourdin, que les personnes étrangères polygames pourraient être expulsées par les autorités. La polygamie est en effet interdite en France par l'article 147 du Code civil (« On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier »), et réprimée par l'article 433-29 al. 1^{er} du Code pénal (« Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »), mais cet interdit est contourné par les mariages célébrés à l'étranger. Le gouvernement a pour objectif de ne plus accorder « de titre de séjour à une personne qui arrive de l'étranger et qui est en situation de polygamie ». La polygamie serait « contraire aux valeurs de la République ». La question, selon la ministre sera « d'identifier ceux qui la pratiquent, par exemple pour les individus qui vivent à plus de deux adultes sous le même toit ou qui mènent une double vie sans nécessairement avoir formalisé deux mariages ». Une déclaration qui interroge quant à la liberté de vivre librement sa vie affective et sexuelle, hors les liens du mariage.

¹⁴⁵⁴ Depuis 1980, c'est la 28^{ème} loi sur l'immigration et l'asile.

¹⁴⁵⁵ Les personnes qui ont obtenu le statut de réfugiées ou la protection subsidiaire (qui est un statut proche) peuvent faire venir leurs parents, ainsi que leurs frères et sœurs. Ce droit, qui protège la vie privée et familiale, comme l'énonce l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est soumis à aucune condition de ressources.

le dépôt et le traitement des demandes d'asile, au risque de protections fragilisées, sans compter le durcissement¹⁴⁵⁶ des mesures d'éloignement¹⁴⁵⁷, et le rallongement de la rétention administrative. Le juge peut devoir décider de l'indécidable, et il applique le droit en l'état, quand bien même il reste un espace ténu de liberté entre le problème et le jugement : et toujours, « l'instant de la décision est une folie »¹⁴⁵⁸, un instant qui décide du regroupement ou de l'éloignement. C'est là que l'on voit que le lien de filiation reste un lieu de pouvoir, dans un rapport avec une tierce instance incarnée par l'État comme référence fondatrice et péremptoire. Car « la genèse du social réside précisément dans la façon dont les individus se voient ou non instituer leurs liens, à commencer par celui de la filiation, à partir de leur univers privé, quelle que soit la forme que prend ce dernier »¹⁴⁵⁹.

Ainsi, quelle que soit la forme qu'elle peut prendre, la famille conserve une certaine permanence quand chaque membre y trouve un système de référents symboliques qui sert à établir son identité. Une identité construite par la complémentarité.

II. L'identité par la complémentarité

L'identité se construit à travers le principe d'incomplétude¹⁴⁶⁰ théorisé depuis Saint Thomas d'Aquin. L'individu est par essence incomplet, il se construit grâce et par des groupes - le premier étant la famille - qui viennent pallier cette incomplétude (A). Au sein de la famille se nouent des alliances polymorphes fondatrice de notre identité (B).

¹⁴⁵⁶ La durée de la rétention, comme dispositif destiné à permettre à l'administration d'organiser l'éloignement d'un étranger, a été doublée, elle est passée de 45 jours à 90 jours.

¹⁴⁵⁷ L'éloignement est un axe important de la réforme, il vise à sécuriser l'obligation de quitter le territoire français après le rejet d'une demande d'asile et accentue le contrôle sur les personnes concernées.

¹⁴⁵⁸ Søren KIERKEGAARD cité par Jacques DERRIDA, v. note n°322.

¹⁴⁵⁹ Jacques COMMAILLE et Claude MARTIN, *Les enjeux politiques de la famille*, Bayard, 1998, p. 275.

¹⁴⁶⁰ Jean-Luc Nancy dans son ouvrage intitulé *La communauté désœuvrée* (Jean-Luc NANCY, *La communauté désœuvrée*, Christian Bourgois, 2004, 292 p.), explique que du fait de son sentiment d'incomplétude, l'individu, face à la mort, et donc à sa propre finitude, recherche dans l'autre, et les autres, la prolongation de lui-même. Ce mécanisme est entériné à la fois par le droit et par la psychanalyse : on le constate à travers l'attachement du droit à la famille, et le fait que la psychanalyse montre comment l'enfant entre 5 et 8 ans prend conscience en même temps de sa finitude et du réseau de liens familiaux dont il émerge.

A. Le principe d'incomplétude

L'identité se construit par la similitude, elle se déploie également dans le cadre de la famille par le jeu de la complémentarité qui constitue un véritable maillage : père, mère, frère, sœur, grands-parents, beaux-parents, oncles, tantes, neveux, nièces, cousins ... les liens de filiation, l'ordre des générations, les différences des sexes, sont autant de références structurantes. La complémentarité, à la base de la notion de famille, enrichit la diversité des rapports et des relations qui s'y déploient. La famille, petite ou grande, glorieuse ou misérable, ordinaire ou originale, est le lieu d'interactions interpersonnelles, et par un effet de contrastes, « le lieu de milliers d'émotions et de millions d'effusions »¹⁴⁶¹. Jean Carbonnier écrivait : « C'est cela une famille : des générations qui glissent l'une dans l'autre, diverses, non adverses ; une fidélité invisible sous des ruptures extérieures ; un serpent qui change de peau, mais en gardant obscurément un peu de ses songes, d'une mue sur l'autre »¹⁴⁶².

La famille a longtemps été entendue comme découlant seulement de la distinction des sexes ; de ce point de vue, ses acceptions sont beaucoup plus larges aujourd'hui, en lien avec l'émergence des alliances de personnes homosexuelles, transsexuelles, intergenres, ou encore de genre dit « neutre », c'est à dire celles dont la réalité physique et/ou psychique ne correspond ni au masculin, ni au féminin. Les familles modernes¹⁴⁶³ sont devenues « des états de fait d'où découlent certains droits »¹⁴⁶⁴, alors qu'anciennement elles étaient plutôt « un état de droit d'où découlent certains faits »¹⁴⁶⁵. Elles sont devenues des formes d'organisation de la vie privée de

¹⁴⁶¹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, p. 257.

¹⁴⁶² *Ibid.*, p. 272.

¹⁴⁶³ Depuis le colloque national « Recherches et familles » du 26 au 28 janvier 1983 organisé à l'UNESCO par le ministère de la recherche et de l'industrie et le secrétariat d'État chargé de la famille auprès du ministère des affaires sociales et de la solidarité nationale, et rassemblant une large communauté scientifique, le terme de famille est usité sur le mode pluriel pour marquer une certaine défiance vis-à-vis du modèle dominant. Les prémisses de ce passage du singulier au pluriel avaient déjà été marquées dès les années 60 quand le livret de famille qui était réservé jusque-là aux couples mariés, s'était élargi le 9 avril 1960 au livret de mère naturelle ou adoptive ; puis quand le 15 mai 1975, ce livret s'est transformé en livret de père ou de mère naturel, et enfin, quand il s'est ouvert à une troisième catégorie, celle de parents naturels. Cette multiplication des livrets est l'indice de la reconnaissance sociale d'une multiplication de modèles de référence.

¹⁴⁶⁴ Marcel MAUSS, cité par Paul OURLIAC in « Famille », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 252.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

plus difficiles à définir du fait de leur caractère mouvant et au regard de leurs multiples formes qui correspondent à l'importance croissante donnée à une logique affective et aux satisfactions psychologiques tirées des relations de complémentarité entre leurs membres.

La famille, en tant que communauté, répond à l'incomplétude de la personne : les groupes, l'institution familiale viennent à titre subsidiaire construire l'identité de chacune, d'où la portée essentielle de la notion de complémentarité. George Bataille, pour expliquer le fondement d'une communauté, spécifie que toute personne s'édifie à partir d'un « principe d'insuffisance »¹⁴⁶⁶ qui renvoie à la conception hégélienne du sujet¹⁴⁶⁷, et correspond à un sentiment profond, celui de la prise de conscience de la finitude humaine. Le bonheur lié à l'identité par la complémentarité est d'autant plus important que chaque personne souffre d'une « conscience malheureuse » qui renvoie aux questions infinies qu'elle se pose au regard de sa confrontation, à brève ou longue échéance, avec la mort. Cette conscience est dite *malheureuse*, car elle survient quand « l'homme s'est élevé au-dessus de sa condition terrestre et mortelle ; il n'est plus que le conflit de l'infini et du fini, de l'absolu qu'il a posé en dehors de la vie, et de sa vie réduite à la finitude »¹⁴⁶⁸. Mathieu Doat explique qu'un drame originaire constitue la communauté¹⁴⁶⁹, celui « simplement d'être. S'en apercevoir est, sans rien d'autre, contester avec assez de suite les faux fuyants par lesquels nous nous dérobons d'habitude »¹⁴⁷⁰. C'est un drame parce que notre conscience de la mort n'apparaît qu'avec l'anéantissement de l'autre. La mort d'autrui nous remet en cause, elle nous ouvre vers l'extérieur en nous permettant d'appréhender notre finitude. Maurice Blanchot indique que « prendre sur moi la mort d'autrui comme la seule mort qui me concerne, voilà ce qui me met hors de moi »¹⁴⁷¹. Le groupe familial n'est donc pas le résultat d'une fusion de personnes, d'une totalité transcendante, il est plutôt une voie d'existence, une manière d'être en commun, et comme le souligne Jean-Luc Nancy,

¹⁴⁶⁶ Georges BATAILLE, *L'expérience intérieure*, 1943 et 1954, pour le texte corrigé, Gallimard, TEL, 1994, p. 97.

¹⁴⁶⁷ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Phénoménologie de l'Esprit*, Gallimard, Nrf, Bibliothèque de Philosophie, 1993, pp. 146-145.

¹⁴⁶⁸ Jean Hyppolite souligne le moment essentiel de la philosophie hégélienne, qui « répond au déchirement et à la scission et qui précède toute unification et toute réconciliation », in Jean HYPOLITE, *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel*, Seuil, Points, 1983, p. 32.

¹⁴⁶⁹ Mathieu DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 2003, p. 59.

¹⁴⁷⁰ Georges BATAILLE, *L'expérience intérieure*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁷¹ Maurice BLANCHOT, *La communauté inavouable*, Éditions de Minuit, 1983, p. 21.

« quoi de plus commun qu'être, quoi de plus commun que d'être en commun »¹⁴⁷². Ainsi, « être les uns avec les autres, c'est accéder à l'ouverture, l'*avec* étant constitutif de l'être »¹⁴⁷³. C'est être au singulier et au pluriel¹⁴⁷⁴, ces termes étant à la fois distincts et inséparables, parce que l'existence est essentiellement co-existence¹⁴⁷⁵, et que « la suffisance de chaque être est contestée sans relâche par ses proches »¹⁴⁷⁶ auxquels il s'attache.

La complémentarité est un principe qui se retrouve dans l'histoire : les hommes se sont regroupés pour faire face à la nature hostile et pour vivre dans une relative sécurité¹⁴⁷⁷. La famille au sens large, en tant que groupe premier, a cette force de permettre d'assembler et de rassembler des contraires, de regrouper des personnes qui *a priori*, n'ont pas forcément grand-chose en commun, ni même d'empathie, puisque pour la majorité d'entre elles, elles ne se sont pas choisies. La famille est selon l'expression de Marcel Mauss un « fait social total »¹⁴⁷⁸, une alliance fondatrice de personnes complémentaires, une des institutions caractéristiques de la société humaine : un ensemble de personnes de différents sexes, rattachées par un lien horizontal (mariage, pacs, concubinage), et un lien vertical (filiation), entre lesquelles existent des sentiments tels que l'amour¹⁴⁷⁹, l'affection, le respect, la crainte¹⁴⁸⁰, la rivalité, la haine,

¹⁴⁷² Jean-Luc NANCY, *La communauté désœuvrée*, Christian Bourgeois, 1990, p. 201.

¹⁴⁷³ Mathieu DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 2003, p. 60.

¹⁴⁷⁴ Jean-Luc NANCY, *Être singulier pluriel*, Galilée, 1996, pp. 48-60.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, 4^{ème} de couverture.

¹⁴⁷⁶ George BATAILLE, *L'expérience intérieure*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁷⁷ Les écrits d'Aristote décrivent une société qui « se compose de groupes emboîtés les uns dans les autres, dont chacun accomplit des tâches spécifiques et pourvoit à ses besoins propres », in Chantal MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire*, PUF, Léviathan, 1992, p. 16.

¹⁴⁷⁸ Marcel Mauss fait du concept de « fait social total » un outil méthodologique et un concept de sciences humaines. Il se définit dans le temps et dans l'espace, il relie l'individuel et le social et concerne tout membre d'une société, v. Marcel MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, Quadrige, 2012, 252 p.

¹⁴⁷⁹ Depuis le milieu du 18^{ème} siècle environ, les familles occidentales se sont transformées, le mariage a perdu peu à peu de son caractère arrangé, et le choix du conjoint est devenu une question d'affirmation de la liberté individuelle. André Burguière démontre comment à partir des années 1730, « s'affirme l'idée que la liberté et l'amour sont les seuls fondements acceptables du mariage ». Marivaux concilie amour et mariage : « l'attraction réciproque devient la seule ordinatrice naturelle de l'union conjugale » ; l'amour au sens de reconnaissance mutuelle des qualités psychologiques prend le pas sur l'intérêt des lignées familiales, le paradoxe étant que les modèles de familles mutent au regard de l'affectivité, c'est-à-dire leur élément à la fois le plus instable, fragile, mobile, mais devenu le plus central, in François de SINGLY, « famille », in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁸⁰ Source de nullité contractuelle si elle vicie le consentement d'une quelconque forme d'accord entre deux personnes dont l'une est crainte par l'autre : l'art 1140 C. civ. indique que « Il y a violence

etc., mais également entre lesquelles s'organisent des relations d'interdits sexuels¹⁴⁸¹, de subordination, de coopération, de soutien, de solidarité, de protection morale et matérielle et

lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

¹⁴⁸¹ Dans toutes les sociétés et à toutes les époques, existe une réglementation des relations entre les sexes. Sigmund Freud explique dans *Totem et tabou*, l'intériorisation de la prohibition de l'inceste à partir du mythe de la horde primitive : le père monopolisait par la violence l'accès aux femmes, et les fils révoltés par cet interdit organisent une révolte contre le père tout-puissant qu'ils tuent. Pour éviter retour au système primitif, ils instaurent la loi de l'exogamie en renonçant à l'inceste. Pour la psychanalyse, le passage entre la horde primitive et l'échange des femmes marque le commencement de la culture et l'aube de l'humanité. Les relations sexuelles entre deux personnes liées par un degré de parenté proche, et plus généralement entre personnes issues d'une même famille, sont donc prohibées par la loi au titre de l'inceste. Cet interdit majeur ancestral est une règle fondatrice qui fait obstacle au désir sexuel de personnes appartenant à un même clan ; elle vise à éviter l'endogamie pour s'orienter vers des personnes extérieures (exogamie) et créer de ce fait des alliances entre membres de groupes différents. Le tabou de l'inceste est une voie par laquelle la solidarité sociale se renforce, il explique le passage entre la nature et la culture, la culture étant entendue comme un univers de règles. Claude Lévy Strauss dans son ouvrage *Les structures élémentaires de la parenté*, (Claude LÉVY STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, En temps et lieux, 2017, 617 p.) indique que « La prohibition de l'inceste est le processus par lequel la nature se dépasse elle-même ; elle allume l'étincelle sous l'action de laquelle une structure d'un nouveau type, et plus complexe, se forme et se superpose, en les intégrant, aux structures plus simples de la vie psychique, comme ces dernières se superposent en les intégrant, aux structures, plus simples qu'elles-mêmes, de la vie animale. Elle opère et par elle-même constitue, l'avènement d'un ordre nouveau ». Dans le même ordre d'idée, Maurice Godelier relève que « La prohibition de l'inceste consiste à faire du social avec du sexuel », in Maurice GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Flammarion, Champs Essais, 2010, 330 p. La sexualité devient ainsi l'élément fondamental de l'activité humaine, à la base de la dynamique profonde de la vie en société. L'interdit de l'inceste est la matrice des normes et le critère principal, auquel se réfère - de manière curieusement implicite - tout le système juridique. En effet, malgré le caractère universellement interdit de l'inceste, aucune disposition juridique ne le sanctionne explicitement. Le terme d'inceste ne figure pas dans le Code civil et il est sorti du Code pénal dès lors qu'il concerne des personnes majeures consentantes. La sanction juridique indirecte de l'inceste intervient seulement dans les circonstances aggravantes de certaines infractions pénales ainsi que dans les cas d'empêchement au mariage et de filiation incestueuse. Ainsi, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants ou les alliés dans la même ligne et, en ligne collatérale, entre le frère et la sœur. La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS) a posé semblable prohibition. De même, la loi interdit tout établissement de filiation incestueuse ; quand il existe entre les parents de l'enfant un des empêchements à mariage pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit de l'établir la filiation à l'égard de l'autre. Annick Bateur explique que « l'objectif est net : l'enfant est destiné à n'avoir officiellement qu'un père ou une mère pour que n'apparaisse pas le fait qu'il est le fruit d'un inceste. À l'égard de l'autre parent, l'enfant demeurera légalement frère, sœur, neveu, nièce, petit-fils ou petite-fille de celui qui est pourtant biologiquement son père ou sa mère », in Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759. Le droit impose donc à l'enfant d'avoir une filiation unilinéaire, si la maternité est établie la paternité ne peut pas l'être et réciproquement. Art. 161 C. civ. : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». Art. 162 C. civ. : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs ». Art. 163 C. civ. : « Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce ». Art. 512-2 al. 1 C. civ. : « A peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité : Entre

d'obligations économiques¹⁴⁸². Les familles qui se diversifient considérablement constituent des alliances polymorphes au sein desquelles chacun se construit.

B. Une alliance polymorphe fondatrice

Au sens le plus classique, la famille consiste en un groupe formé par les parents, leurs ascendants et leurs descendants, mais elle peut être monoparentale quand les enfants ne sont élevés que par un seul parent (du fait d'un veuvage, d'un divorce, d'une séparation, d'une absence de reconnaissance), ou recomposée (par le remariage, le pacs, le concubinage) et de ce fait élargie, quand sa structure originelle s'est défaire et reconstruite grâce à l'arrivée de personnes extérieures à elle. Le concept de famille est corrélatif d'acceptions différentes et

ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus ». Art. 310-2 C. civ. : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit ». Art. 222-31-1 C. pén. : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

¹⁴⁸² Ces divers liens « matériels » constituent des obligations juridiques posées par différents textes : Art. 212 C. civ. : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Art. 213 C. civ. : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». Art. 214 C. civ. : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ». Art. 515-4 C. civ. : « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives ». Art. 371-2 C. civ. : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ». Art. 205 C. civ. : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

variées : légitime¹⁴⁸³, naturelle¹⁴⁸⁴, biologique¹⁴⁸⁵, adoptive¹⁴⁸⁶, de fait¹⁴⁸⁷, d'origine¹⁴⁸⁸, monoparentale¹⁴⁸⁹, homoparentale¹⁴⁹⁰, nourricière¹⁴⁹¹, par le sang¹⁴⁹², recomposée¹⁴⁹³. Il s'agit d'un système éminemment polymorphe qui organise les rapports entre conjoints, parents, enfants et alliés¹⁴⁹⁴ et entre tous les autres sous-systèmes de la société¹⁴⁹⁵, notamment juridiques, économiques et politiques. L'idée de la famille au sens large dépasse par ailleurs amplement

¹⁴⁸³ Elle désigne les époux, ou bien les parents et leurs enfants, ou l'ensemble de la parenté légitime, c'est-à-dire fondée en droit par le mariage.

¹⁴⁸⁴ La famille dite naturelle n'est pas fondée par le mariage, elle est fondée par des faits biologiques (union des sexes, procréation, descendance d'un auteur commun), donnant éventuellement lieu à une communauté de vie, elle désigne le « ménage » de fait (alliance de concubins), ou bien le groupe du ou des parents naturels, ou encore l'ensemble de la parenté naturelle.

¹⁴⁸⁵ C'est-à-dire par le sang.

¹⁴⁸⁶ Il s'agit du groupe constitué par le ou les adoptants et l'adopté, soit relativement à celui-ci, la famille de l'adoptant.

¹⁴⁸⁷ La famille de fait est le groupe constitué par un individu (ou un ménage) et les personnes à sa charge, c'est la conception reprise par le droit social à la famille notamment pour l'ouverture de droit aux prestations familiales.

¹⁴⁸⁸ Par opposition à la famille adoptive et à la famille nourricière, c'est la famille par le sang à laquelle appartenait l'enfant avant d'être adopté, et dont il continue de faire partie en cas d'adoption simple (en y conservant ses droits).

¹⁴⁸⁹ Dans la famille monoparentale, l'enfant vit avec un seul de ses parents ; cette situation comprend en plus des cas de famille unilinéaire, toutes les situations dans lesquelles l'enfant demeure attaché par un lien de droit au parent avec lequel il ne vit pas (il garde à son égard ses droits et ses devoirs).

¹⁴⁹⁰ Une famille homoparentale est une structure familiale dans laquelle un couple de même sexe élève un ou plusieurs enfants, ou dans laquelle un ou plusieurs enfants a au moins un parent homosexuel.

¹⁴⁹¹ La famille nourricière est celle qui nourrit l'enfant, c'est-à-dire qui le fait vivre, le garde, l'éduque, le garde (en dehors de toute obligation alimentaire et en fonction de conventions, décisions, délégations ; c'est la famille dite d'accueil au sein de laquelle vit l'enfant et qui se substitue à la famille biologique (qu'elle soit connue ou non), et qui se comporte comme une famille adoptive de fait ; en somme c'est une « famille de fait » relativement à l'enfant.

¹⁴⁹² Par opposition à la famille adoptive (celle-ci résultant d'un lien juridique), et à la famille nourricière, c'est la famille légitime ou naturelle, entre parents unis par un lien de sang.

¹⁴⁹³ La famille recomposée est celle dont les soutiens, c'est-à-dire les parents, ont vécu l'un et/ou l'autre chacun de son côté, en mariage ou hors mariage, avec d'autres partenaires, et qui s'unissent après divorce, séparation ou décès, pour vivre ensemble, unis librement ou par mariage, avec les enfants issus des unions antérieures, et leurs éventuels enfants communs, cette recombinaison familiale permettant la coexistence, tant qu'elle dure, au sein d'une communauté de vie, de liens de famille différents, sans abolir les liens antérieurs avec les parents par le sang séparés, et posant la question de l'harmonisation des intérêts attachés à chaque lien.

¹⁴⁹⁴ Le terme d'« alliés » désigne les parents d'un conjoint qui, du fait du mariage de celui-ci, ont désormais des droits, des obligations et des interdictions vis-à-vis de l'autre conjoint dont ils deviennent les parents par alliance.

¹⁴⁹⁵ V. « Famille », in Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, 2011, p. 250.

son sens juridique puisqu'il peut être question de famille spirituelle¹⁴⁹⁶ - et donc de filiation spirituelle - ou même de nommer finalement toutes sortes de groupes qui adoptent un comportement dit « familial », comme certaines « bandes » amicales, qui fonctionnent sur un mode clanique; et on ne peut passer sous silence le mécanisme bien connu de la mafia, pour lequel « la famille » élargie est le pilier d'un « règne », et la base de toute une organisation criminelle. Ce que l'on apprend à travers la psychanalyse, et plus spécifiquement les textes lacaniens c'est que la famille ne relève pas de la nature, elle n'est héritée d'aucune espèce de naturalité, il y a bien une « structure culturelle de la famille humaine »¹⁴⁹⁷ conditionnée par des facteurs culturels, aux dépens des facteurs naturels.

La théorie psychanalytique des complexes familiaux¹⁴⁹⁸ a conceptualisé l'institution familiale contemporaine. Elle a permis de fixer des modes de développement psychique induits par la vie familiale, et les relations de complémentarité et de manque que celle-ci infère. Il est certain que cette théorie constitue un apport auquel il est intéressant que le système judiciaire se réfère quand il mène des investigations propres à sérier les difficultés d'un système familial repéré comme défaillant¹⁴⁹⁹. On trouve dans le texte des *Complexes familiaux* de Jacques Lacan, une tentative de dépliement du nœud de l'articulation entre le social et l'individu sur lequel pèse le poids de nombre de déterminations. C'est à la fois une théorie et une clinique des complexes liés à la famille et structurés par elle, ils sont les opérateurs inconscients à la base du groupe familial¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶ Ce que l'on nomme famille spirituelle, filiation spirituelle, correspond à une parenté morale, ou qui relève de l'esprit, de la transmission sur les plans intellectuel et humain, sans lien juridique, elle n'est source de droit que lorsqu'une question de propriété intellectuelle entre en jeu.

¹⁴⁹⁷ Jacques LACAN, *Autres écrits*, Seuil, 2001, p. 24.

¹⁴⁹⁸ Jacques LACAN, *Les complexes familiaux dans la formation de l'individu*, Navarin, Bibliothèque des Analytica, 1984, 112 p.

¹⁴⁹⁹ Christian DONNADIEU, « De la prise en compte de la conception lacanienne de la famille dans la prise en charge éducative », in *Famille je vous aime ? Les complexes familiaux aujourd'hui*, La revue lacanienne, Association lacanienne internationale n° 19, Érès, septembre 2018, pp. 125-126.

¹⁵⁰⁰ Ce sont le complexe d'Œdipe, le complexe du sevrage et le complexe de l'intrusion. Le complexe du sevrage est le complexe le plus primitif du développement psychique, c'est la forme primordiale de l'imaginaire maternelle qui interrompt la relation de nourrissage pour « qu'une tension vitale se résolve en intensification mentale » (in Jacques LACAN, *Autres écrits*, Le Seuil, 2001, p. 31) ; ce sevrage donne la première et la plus adéquate expression psychique d'un sevrage plus ancien, celui de la naissance. Le complexe d'intrusion « représente l'expérience que réalise le sujet primitif, le plus souvent quand il voit un ou plusieurs de ses semblables participer avec lui à la relation domestique, autrement dit, lorsqu'il se connaît des frères ... Dans la mesure même de cette adaptation, on peut admettre que dès ce stade

Dès lors, qu'il est question par exemple d'organiser une mesure d'aide psychique ordonnée par un juge, le rôle de chacun des membres de la famille, peut rendre compte, en considération des déficiences du système familial, de la structuration psychique de la personne concernée. Les méthodes engagées au cours d'une procédure juridique pour effectuer une évaluation psychique, quand il est nécessaire d'envisager des interventions pluridisciplinaires, engagent une clinique feuilletée dans laquelle il n'y a plus d'universalité ; elles peuvent, sans nécessairement faire une référence directe aux concepts lacaniens, du moins s'en inspirer. À ce titre, les mesures prises peuvent intégrer non pas une psychanalyse, mais à tout le moins un suivi psychologique ou psychiatrique pouvant ouvrir sur une démarche psychanalytique. Il s'agit de mettre au jour les carences ou les dysfonctionnements majeurs de la cellule familiale restreinte, mais aussi du groupe familial élargi, de manière à évoluer vers une restructuration des liens intrafamiliaux¹⁵⁰¹, pour qu'une personne en difficulté retrouve sa place dans le système familial, mais également par extension dans le système social.

Dans son ensemble, la famille est plurisexuelle, et les conjoints, les ascendants, les descendants, les frères et les sœurs des conjoints lui apportent une diversité humaine étendue. On peut penser que ceux qui peinent à accepter un ordre familial nouveau non conforme au modèle resté longtemps très conventionnel et qui redoutent que les enfants élevés, par exemple, par des personnes homosexuelles, souffrent de problèmes de construction identitaire, ne tiennent pas compte du fait que la famille assure une large complémentarité de référents polymorphes. Ceux qui longtemps n'ont pu « faire famille », parce qu'ils en étaient empêchés par le droit et les « bonnes mœurs » sociales et juridiques mais qui aspiraient à être partie prenante au système de la construction familiale, y accèdent aujourd'hui, depuis l'avènement du mariage homosexuel¹⁵⁰² et la possibilité pour des couples de même sexe d'adopter des enfants¹⁵⁰³ ou même pour les couples de femmes et les femmes célibataires, d'avoir recours à une procréation

s'ébauche la reconnaissance d'un rival », in Jacques LACAN, *Les complexes familiaux*, Navarin, Bibliothèque des Analytica, 1984, pp. 36-37.

¹⁵⁰¹ Jacques LACAN, *Les complexes familiaux dans la formation de l'individu*, op. cit., p. 126.

¹⁵⁰² Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, publiée au Journal Officiel le 18 mai 2013.

¹⁵⁰³ L'adoption par un couple de personnes de même sexe relève du régime général de l'adoption depuis la promulgation de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Selon les besoins de l'enfant concerné, il peut s'agir d'adoption simple ou d'adoption plénière.

médicalement assistée. La parenté transgenre elle-même n'est plus un phénomène singulier¹⁵⁰⁴, Laurence Hérault explique que « en s'engageant dans la parenté, l'expérience transgenre nous fait entrer ainsi dans un univers où nous avons affaire à des hommes qui mettent des enfants au monde, à des femmes qui conçoivent avec leur sperme, mais aussi à des femmes qui sont pères et à des hommes qui sont mères pour celles et ceux qui ont des enfants avant leur transition »¹⁵⁰⁵. Le défenseur des droits a même rendu le 18 juin 2020, une décision cadre qui porte une sévère appréciation sur les insuffisances du droit positif dans le domaine très sensible des droits reproductifs, avec de fortes recommandations au législateur dont l'objectif est de permettre aisément l'accès aux personnes transgenres à la PMA, peut important que celle-ci ait lieu avant ou après le changement de sexe à l'état civil, grâce à une autoconservation des gamètes. Pour être en cohérence avec les conséquences de cet accès indifférencié, le défendeur des droits, « considérant les nouvelles réalités familiales, recommande au législateur de procéder à une révision des règles de la filiation et d'intégrer la double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les parents, notamment transgenres de même sexe ». Marie Lamarche indique que « Cette question de la parenté transgenre, éludée par la loi du 18 novembre 2016, nécessite en tout état de cause une réponse, qui ne peut revenir à la seule compétence du juge. Il est désormais impossible d'ignorer ce nouveau changement de paradigme du droit de la filiation, le respect

¹⁵⁰⁴ Laurence Hérault écrit qu'« en mars 2008, *The Advocate*, un magazine gay et lesbien américain publiait un article dans lequel un homme transgenre ayant également changé d'état civil, Thomas Beatie, annonçait qu'il était enceint d'une petite fille. Son histoire a rapidement fait le tour du monde avec un titre mille fois repris : "Le premier homme enceint du monde" (...). D'autres hommes transgenres l'ont précédé et d'autres le suivent dans cette voie de la mise au monde de leurs enfants (...). En janvier 2010 le *Daily Mail* annonçait la grossesse et la naissance prochaine de Miles, le fils de Scott Moore, désigné comme "le deuxième homme enceint du monde" (...). Ces exemples médiatisés de grossesses masculines ont fait surgir la question de la parenté transgenre dans l'univers médiatique, ne sont que la partie émergée de l'iceberg. Beaucoup d'hommes transgenres ont mis/mettent au monde leurs enfants, que ce soit avant ou après leur transition, mais surtout beaucoup de personnes transgenres souhaitent être parents et le deviennent avec ou sans l'aide des nouvelles techniques de reproduction assistée », in Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, Presses universitaires de Provence, Penser le genre, 2014, pp. 5-6. David Latour écrit que « Thomas Beatie ne savait pas quoi mettre dans la catégorie "mère" sur l'acte de naissance de sa fille. Par ce témoignage, il contribue à faire connaître une identité masculine autre qui intègre un nouveau paradigme à la construction de l'identité FtM, paradigme lui-même issu de la combinaison de trois sous paradigmes : mari, papa, enceint. Il n'est ni androgyne, ni intersexué, ni hermaphrodite, puisqu'il a fait appel à un tiers pour être enceint. Il est un homme trans qui a réussi à remodeler le réel de façon à rendre possible l'inimaginable », in David LATOUR, « Récit de soi et construction d'une parenté », in Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, op. cit., p. 58.

¹⁵⁰⁵ Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, op. cit., p. 7. V. à ce sujet, le témoignage de Thomas BEATIE, 2008a, *Labor of love. The story of one man's extraordinary pregnancy*, Berkeley, Seal Press; Thomas BEATIE, 2008b, « The labor of love, Is society ready for this pregnant husband ? », consulté le 28 décembre 2020 sur <https://www.advocate.com/news/2008/03/14/labor-love>.

des droits fondamentaux des personnes transgenres ne pouvant se construire que de façon globale »¹⁵⁰⁶.

Ce qui est intéressant, c'est que la famille est toujours un modèle de groupe structuré qui attire et qui rassure (quand la famille se disloque sous le joug des traumatismes et des deuils, ses membres n'ont de cesse de recréer ce groupe humain primordial), qui fonde, qui lie et associe des personnes d'âges très différents, parfois sur trois ou même quatre générations. L'identité se construit aussi sur cette mémoire à long terme, car en naissant, on hérite d'une identité familiale qui nous précède et qui nous suit. Les membres d'une famille peuvent être géographiquement extrêmement dispersés, et investis dans des trajectoires sociales et des modes d'existence radicalement divergents, parallèles, semblables, opposés, mêlés, brisés ... Certains connaîtront une forme de réussite sur des plans spécifiques, d'autres choisiront des chemins qui les mèneront à des formes d'échec au regard de valeurs partagées par le groupe, mais pas forcément par tous ses membres.

La famille qui nous fonde a donc cette particularité d'agréger des personnes aux identités les plus disparates, elle est souple, bigarrée, mobile, elle peut sembler unie, et l'être, ou non, elle peut aussi être désunie, mais elle reste juridiquement une famille : même si la complémentarité est le ciment de la construction familiale, le germe de l'identité sociale ne sous-tend pas nécessairement des rapports pacifiés. La famille peut être le lieu de tous les tiraillements, les conflits et les déchirements, entre divorces et autres séparations de tous acabits, héritages, incestes, violences, trahisons ... c'est pourquoi, quand l'identité sociale est en jeu, à travers l'identité familiale, psychanalyse et droit se font écho, via divans et tribunaux.

¹⁵⁰⁶ Marie LAMARCHE, « Respecter l'identité de genre des personnes transgenres dans toutes ses dimensions », *Droit de la famille*, Alertes, n° 9, Septembre 2020.

Conclusion du Chapitre II

Penser l'identité l'attache à un paradigme de complexité et l'arrache à la simplification et à la fixité. L'identité est multiple parce qu'à la question de savoir « qui je suis ? », fait écho celle de savoir « qui nous sommes », et la réponse est toujours « une multiplicité ». Cette multiplicité résulte de notre inscription sociale. L'identité se construit dans l'idem, car la ressemblance rassemble et les filiations nous insèrent dans des généalogies. Nous portons le nom de notre père ou de notre mère ou les deux, nous nous retrouvons dans des chaînes symboliques, et les « ratures dans la filiation » sont sources de psychoses et entravent les successions. Droit et psychanalyse ont perçu l'importance du lien familial dans le processus identitaire. Le « nous » est un « je » dilaté comme le dit Émile Benveniste¹⁵⁰⁷. Et pour reprendre la formule de Vincent Descombes, nous nous définissons en déclarant ce qui, à nos yeux, fait partie de notre identité, mais ce qui fait partie de notre identité, c'est ce dont nous-mêmes faisons partie¹⁵⁰⁸. Un manque dans notre identité nous pousse à tisser du lien. Nous ne sommes pas autosuffisants et nous ne pouvons fonder notre identité uniquement sur « soi-même ». Appréhendée comme une multiplicité, l'identité prend la forme d'un itinéraire, celui de la lente et progressive genèse d'une construction inachevée, et par définition inachevable.

Conclusion du Titre I

L'identité est à la fois une et multiple. Elle individualise et elle se comprend comme un assemblage composite. Elle est une articulation entre ce qui nous fait être « un » et ce que nous avons en comm(un) avec les autres. Nous sommes « comme un ». Le droit met en forme l'unité et la multiplicité de l'identité juridique, en la dénaturant mais aussi en transcrivant une réalité qu'il objective et qu'il structure. Elle forme une totalité, avec une tension entre l'unité et la

¹⁵⁰⁷ Émile BENVENISTE, « Structure des relations de personne dans le verbe », *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, 1966, t. I, pp. 233-235.

¹⁵⁰⁸ Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, *op. cit.*, p. 253.

multiplicité. Aujourd'hui, dans un mouvement d'expansion l'identité en crise est fragilisée dans son unité. Le multiple déborde et l'identité devient instable, discontinue, de plus en plus insaisissable. « La totalité est devenue un tas. Un peu comme un sac contenant des billes s'est volatilisé : les billes ont roulé dans toutes les directions »¹⁵⁰⁹. Il y a tout ceux qui sont en quête d'identité, qui cherchent à reconstruire sur un divan le puzzle d'un vase plusieurs fois cassé et dont les fragments ne peuvent plus être emboîtés. Il y a aussi ceux pour qui tout devient insignifiant comme si les éléments de leur identité n'étaient que des fictions. Il y a enfin cette personne qui rêve de d'une unité retrouvée, d'une identité minutieusement ciselée, c'est un rêve si précis qu'il fait croire à la réalité mais elle comprend, comme le personnage de Borges, « qu'il n'était lui aussi une apparence, qu'un autre était en train de le rêver »¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁹ Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Seuil 1993, p. 292.

¹⁵¹⁰ Jorge-Luis BORGES, « Les ruines circulaires », in *Fictions*, (1951), La Pléiade, 1993, p. 480.

Titre II

Identité de la personne humaine et ordre sexuel

Nous vivons tous, depuis bien des années, au royaume du prince Mangogul : en proie à une immense curiosité pour le sexe, obstinés à le questionner, insatiables à l'entendre et à en entendre parler, prompts à inventer tous les anneaux magiques qui pourraient forcer sa discrétion ».

Michel Foucault¹⁵¹¹

L'univers du « sexuel », préalable à la différence des sexes, s'élabore avant même la naissance, à partir de laquelle l'identité sexuelle est conférée par la famille et par tout le corps social. Longtemps on a pensé que cette partie de l'identité était surtout un donné naturel, le sexe permettant une identification juridique claire et définitive des personnes humaines. Mais ce marqueur ne semble plus opérationnel et en appelle à une perspective dialectique profondément renouvelée, car l'identité sexuelle correspondrait à un agencement beaucoup moins simple qu'il n'y paraît, tant aux niveaux physique, psychique, social, et *ipso facto*, juridique¹⁵¹². Peu à peu notre vieil ordre sexuel se fissure : fluidité des rôles dits masculins et féminins dont les critères

¹⁵¹¹ Michel FOUCAULT, faisant allusion au roman de Diderot, *Les Bijoux indiscrets*.

¹⁵¹² Comme l'indique Michèle-laure Rassat, « la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir », in Marie-Laure RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 655. Le constat des juges va dans le même sens : « la loi ne définit pas le sexe » (TGI Lyon, 31 janvier 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, *Rec.* p. 441 ; TGI Paris, 16 novembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, *Rec.* p. 606), et la jurisprudence affirme qu'« une telle notion est indiscutablement d'ordre médical et non juridique, le Droit qui fixe l'état des personnes ne pouvant que constater une situation de fait » (TGI Saint Étienne, 11 juillet 1979, *Dalloz*, 1981.270), ainsi « le législateur, en l'absence de toute contestation, n'a pas éprouvé le besoin de donner une définition » (TGI Saint Étienne, 26 mars, 1980, *Dalloz*, 1981.270).

apparaissent de plus en plus artificiels, mise en cause de la puissance patriarcale, visibilité de l'homosexualité, phénomènes de transsexualisme et d'intersexualisme mieux connus, brouillent les frontières et font prendre conscience du fait que les normes qui nous permettent de penser, d'aimer, de travailler, nous empêchent aussi de vivre et de respirer.

La mise en question de « l'évidence naturelle » de la différence des sexes nourrit quantité de débats publics, et se trouve amplement théorisée par l'émergence du concept de genre¹⁵¹³ dans sa différenciation d'avec le sexe. Par ailleurs il est troublant de constater que ni le sexe, ni le nombre de ses catégories, ne sont véritablement définis par aucun texte juridique¹⁵¹⁴.

¹⁵¹³ L'origine latine du terme de genre, *genus*, a d'abord signifié « catégorie, type, espèce », avant de prendre un sens sexuel. Le genre est un concept utilisé en sciences sociales ; il se rapporte aux différences non biologiques entre hommes et femmes, il s'attache à leurs différences psychologiques, sociales, culturelles, économiques, démographiques et politiques, tandis que le sexe, ou le type sexuel, concerne leurs différences biologiques. Le genre est devenu un important champ d'études en sciences sociales, même si certains détracteurs tentent encore de le disqualifier, comme s'il ne s'agissait que d'une idéologie non scientifique, vouée à déconstruire les fondements de la société traditionnelle. Déjà en 1897, Émile Durkheim soulignait que la différence entre hommes et femmes ne se réduit pas au biologique (*in* Émile DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *Année sociologique*, vol. I, 1896-1897, pp. 1-70, en particulier l'avant-dernier paragraphe). En 1935, Margaret Mead mettait en avant le concept de « rôle sexué », ancêtre de l'idée de genre, qui fait la différence entre rôle social et sexe. Le psychologue et sexologue John Money, attaché au Johns Hopkins Hospital de Baltimore, introduit le concept de « rôle de genre » en 1955 ; il désigne tout ce que dit ou fait un individu pour se dévoiler comme étant respectivement un homme ou une femme. En 1964, deux psychanalystes, Robert Stoller (psychiatre et psychanalyste, professeur à l'Université de Californie), et Ralph Greenson, inventent le concept d'« identité de genre » qui correspond au *sentiment* que l'on éprouve d'appartenir à un sexe particulier : « le genre est un terme qui a des connotations psychologiques ou culturelles, plus que biologiques » ; il correspond à « la quantité de masculinité ou de féminité que l'on trouve dans une personne », et peut être totalement indépendant du sexe biologique (*in* Robert STOLLER, *Sex and Gender I, Science House, in recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, 1978, p. 28). Cette possible divergence amène Robert Stoller à articuler les notions de genre et d'identité de genre : « l'identité de genre commence avec le savoir et la réalisation, conscience ou inconsciente, que l'on appartient à un sexe et non à un autre (...) le rôle de genre est la conduite déclarée que l'on montre en société, le rôle que l'on joue, notamment vis-à-vis des autres », *ibid.*, pp. 9-10. En 1972 la sociologue Ann Oakley qui s'intéresse à l'articulation entre nature et culture, déjà développée par Claude Lévi-Strauss, renvoie le sexe au biologique et le genre au culturel. Puis, dans les années 1980, la pensée de Michel Foucault influence une vision du genre en lien avec son rapport au pouvoir et aux normes sociales. À partir de 1990, Judith Butler et Gayle Robin étudient les minorités sexuelles et « l'injonction normative » inhérente au concept de genre qui prend particulièrement en compte les différences culturelles entre hommes et femmes.

¹⁵¹⁴ En revanche la mention du sexe est prescrite sur l'acte de naissance : depuis 1804, cette mention est imposée par le Code civil sur les actes de naissance. L'art 57 al. 1 de ce code énonce que : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et,

Alors qu'est-ce qu'avoir une « identité sexuelle » aujourd'hui ? Cette question est d'autant plus délicate¹⁵¹⁵ que l'ordre sexuel, institué aussi bien par le droit que par la psychanalyse, établit des « vérités » *a priori* incontestables, mais par là-même oppressantes¹⁵¹⁶. L'ordre des sexes (aussi bien en tant qu'organisation du masculin et du féminin, que comme injonction normative à être l'un ou l'autre) est posé comme une valeur en soi, dont on ne saurait douter, et qui organise l'humanité entière selon une règle binaire. Mais si une quelconque forme de désordre le perturbe - forme qui existe par référence à l'ordre dont il conteste le bien-fondé - elle est perçue comme destructrice, facteur de chaos, d'imprévisibilité, de confusion, de menace de sape des valeurs sociales¹⁵¹⁷. D'après Jacques Chevallier, le concept d'ordre au sens juridique revêt deux acceptions différentes, dont on perçoit l'écho tout particulier dans le domaine de l'ordre sexuel : il est « d'abord l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible : conçu comme synonyme d'ordonnement, l'ordre désigne alors à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs, et l'ensemble articulé qu'ils forment¹⁵¹⁸ (...). Mais par ordre, on peut entendre aussi un certain mode d'action et d'emprise sociale : conçu comme synonyme de commandement, l'ordre traduit alors une manifestation d'autorité. Or, la règle de droit s'exprime essentiellement à l'impératif : elle entend obtenir par voie de prescription,

s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

¹⁵¹⁵ Ni le terme de sexe, ni celui de genre, ne sont référencés dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (André-Jean ARNAUD, (dir.), LGDJ, *op. cit.*). De même le *Dictionnaire de la culture juridique* (Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *op. cit.*) n'en fait aucune mention. Le dictionnaire Henri CAPITANT se borne à réserver une entrée extrêmement réduite au mot de sexe : « chez l'homme ou la femme, organes de la reproduction et de la sexualité. Chacune des deux moitiés du genre humain, ensemble des femmes (sexe féminin), ensemble des hommes (sexe masculin). L'appartenance à l'un de ces groupes, élément de l'état des personnes auquel la loi attache certaines conséquences juridiques parfois discriminatoires et contraires à l'égalité civile, parfois compensatoires (ex. privilège de gravidité en faveur de la femme), parfois inhérentes à une différence naturelle (ex. la paternité et la maternité ne peuvent se prouver de la même manière) », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 963.

¹⁵¹⁶ Même si, il y a plus d'un siècle, Sigmund Freud avançait déjà l'idée que l'opposition masculin-féminin relève bien plus d'un devenir que d'une quelconque essence : v. Jean-Jacques RASSIAL, Fanny CHEVALIER, *Genre et psychanalyse. La différence des sexes en question*, Érés, 2016, p. 8.

¹⁵¹⁷ Jacques CHEVALLIER, « Présentation », in *Désordres*, PUF, 1997, pp. 7-8.

¹⁵¹⁸ Jacques Chevallier ajoute que « le propre des règles juridiques est précisément qu'elles sont, à l'intérieur d'un même espace social, liées et interdépendantes », et il cite Georges Gurvitch : « chaque règle de droit est toujours l'élément d'un système, d'un tout, d'un ordre complexe » (in Georges Gurvitch, *L'idée de droit social*, Sirey, 1932, (rééd. Scientia 1972), p. 106), in Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF 1983, p. 7.

d'injonction ou d'interdiction, certains comportements de la part des destinataires ; et la force obligatoire dont elle bénéficie la dote d'une puissance de contrainte irrésistible. Le droit est donc un ordre à la fois en tant qu'il est systématique et en tant qu'il est normatif ; et ces deux aspects, non seulement sont indissolublement liés, mais encore se confortent réciproquement (...). C'est à vrai dire un élément fondamental du jeu de croyances qui entoure la règle de droit : tandis que son apparence systématique contribue à la parer des attributs de la rationalité, sa puissance normative lui confère le privilège de l'incontestabilité ; derrière l'idée « d'ordre juridique », se profile l'image d'une société organisée, pacifiée et unifiée selon les règles de la raison et en fonction des exigences du bien commun »¹⁵¹⁹.

Cette double définition de l'ordre conforte dans l'idée que l'ordre sexuel est à la fois le vecteur d'une classification pensée comme logique et rationnelle (Chapitre I) et celui d'une injonction normative (Chapitre II) à être homme ou femme. Mais de manière de plus en plus visible, des grains de sable grippent cet ordonnancement, car jamais nous ne sommes tout à fait conformes aux normes : entre sexe, genre et sexualité, il demeure toujours un ample jeu performatif. Un jeu qui conduit à questionner les ukases qui constituent les sujets sexuels.

¹⁵¹⁹ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès, op. cit.*, p. 8.

Chapitre I

L'ordre comme classification

« *Tellement tentant de vouloir distribuer le monde entier selon un code unique ; une loi universelle régirait l'ensemble des phénomènes (...). Malheureusement ça ne marche pas, ça n'a même jamais commencé à marcher, ça ne marchera jamais. N'empêche que l'on continuera encore longtemps à catégoriser tel ou tel animal selon qu'il a un nombre impair de doigts ou de cornes creuses* »¹⁵²⁰.

Georges Perec

Le sexe est la division fondamentale - fondatrice même - de l'espèce humaine et de tout le système social¹⁵²¹ : la doctrine juridique contemporaine le tient pour la *summa divisio* des personnes humaines, réparties entre hommes et femmes¹⁵²². Le sexe est même devenu un élément d'identification¹⁵²³ obligatoire¹⁵²⁴. Or l'opposition masculin-féminin n'est ni purement

¹⁵²⁰ Georges PEREC, *Penser/Classer*, Seuil, Point Essais, 2003, 4^{ème} de couverture.

¹⁵²¹ Colette GUILLAUMIN, *Sexe, race et pratique du pouvoir*, Côté-femmes, 1992, p. 117.

¹⁵²² Jean CARBONNIER, *Droit civil – I. Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadriga Manuels, 2004, p. 135.

¹⁵²³ C'est pourquoi il figure également sur la carte nationale d'identité, sur le passeport, et surtout il forme le premier chiffre du numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques, ainsi que le prescrit l'art. 4 du décret n° 82-103 du 22 janvier 1982.

¹⁵²⁴ Même si l'officier d'état civil peut, avec l'accord du procureur de la République, omettre temporairement la mention du sexe sur l'état civil, deux ans maximum, lorsque le sexe du nouveau-né est particulièrement incertain, incitant les parents à recourir, dans ce délai, à des traitements médicaux appropriés : « Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance », *in* instruction générale relative à l'état civil dans le n° 55 du 28 octobre 2011. Cette obligation a été consacrée par les tribunaux : Tribunal de grande instance de Dijon, 2 mai 1977, *Gazette du Palais*, 1977, 2, p. 577 ; Cour d'appel de Paris, 27 janvier 2011, *Semaine juridique, édition générale*, 2011, p. 480, note Philippe Reigné (2^{ème} espèce).

corporelle, ni purement sociologique, ni purement psychique, mais un curieux mélange des trois, élaboré de façon spécifique et originale par chacun, ce qui finalement caractérise toute pensée incarnée et éclaire quant à la complexité des réactions que provoquent les controverses autour des questions de sexe et de genre. La conception rigoureusement binaire et omniprésente du sexe en droit français (Section I) - conception qui semble reposer sur une banale « vérité » biologique dénuée d'ambiguïté - dicte notre façon de comprendre et d'organiser le monde, notamment juridiquement, mais nul ne devrait être obligé de se conformer, comme s'il avait à s'étendre sur le lit de Procuste, à l' « ordre naturel des choses », car cette conception néglige étrangement, ou plutôt dénie obstinément, la réalité sexuelle d'un pourcentage de la population¹⁵²⁵ qui n'a rien de dérisoire. Quant à la construction juridique duale des rôles dits masculin ou féminin, elle naturalise de manière artificielle une catégorisation stricte¹⁵²⁶ fortement mise en question par la notion de genre (Section II).

Section I

L'empire du système binaire

« La différenciation des sexes, base fondamentale de toute la vie et par conséquent aussi de toute organisation des groupes humains, c'est la nature qui la fait. C'est le doigt de Dieu qui, à chaque instant, fait ce tri, qui crée cette summa divisio, et l'impose aux hommes ».

Ccl. Fabre, sous TGI Seine, 18 janv. 1965, JCP, II, 14421.

« Le classement des êtres humains dans l'une ou l'autre des catégories de sexe est l'exercice d'un pouvoir »¹⁵²⁷.

¹⁵²⁵ Quand il s'agit de personnes humaines dont l'identité sexuelle est « hors normes », leur quantification en terme de « pourcentage non négligeable » semble par ailleurs presque choquante, car quand bien même ce pourcentage serait-il infinitésimal, il s'agit toujours bien d'êtres humains et de ce qui constitue toute leur singularité. En 2016, l'ONU reprenait le chiffre de 1,7 % de nouveau-nés intersexes ; v. <https://www.unfe.org/intersex-awareness/>. Ce chiffre rend l'intersexuation presque aussi commune que le fait d'être roux ; à l'échelle de la France cela correspond à environ 1 190 000 personnes.

¹⁵²⁶ Catégorisation qui se traduit par exemple dans le dispositif de la sécurité sociale qui classe les gens au moyen d'un numéro INSEE, dont les deux premiers chiffres correspondent au sexe de naissance, celui-ci ne pouvant être que masculin ou féminin.

¹⁵²⁷ Philippe REIGNÉ, « La cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires », *Dr. Fam.*, sept. 2012, comm. 131, p. 39.

« Fille ou garçon ? » Cette première question posée quand un enfant s'annonce, révèle l'importance cruciale de la catégorisation par le sexe chez les êtres humains. Quand l'enfant naît, c'est « elle » ou « il », et 96% des prénoms sont sexués¹⁵²⁸, porteurs d'appartenances et de traditions. La conception rigoureusement binaire du sexe, puissamment enracinée dans notre culture juridique, prétend classer le genre humain dans son entier (I), au détriment de ceux dont le sexe différent, tenu pour « anormal » ne correspond à aucune « réalité juridique » (II).

I. Une architecture contestable

« Il ne s'agit donc en aucune façon de tenir un juste milieu entre deux thèses opposées, car il n'y a deux thèses que dans la mesure où il y a d'abord simplification et dénaturation de ce qui est en jeu »¹⁵²⁹.

Jean-Luc Nancy

La différence des sexes - uniques, immuables, incontournables - donnée de la Nature, pivot de l'ordre humain, serait l'alpha et l'oméga de toute l'humanité, et les juristes ont toujours classé et enregistré les sexes sur le mode binaire masculin/féminin (A). Mais ce modèle écrase la réalité (B).

A. L'illusion de la simplification binaire

Pour les juristes, les interrogations, les classifications se posent systématiquement dans un cadre qui, le plus souvent, fonctionne par dualité d'objets, par paires, de manière à ce qu'il soit naturellement possible de les opposer, de les comparer, et d'établir des relations entre eux. Le

¹⁵²⁸ Cf. Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, p. 282. V. aussi Bernard VERNIER, « Le pouvoir de nommer et ses effets de genre. Matériaux pour une anthropologie comparative », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, vol. 45, n° 1, 2017, pp. 223-259. V. enfin Élisabeth NUÑEZ GONZALEZ, *Le choix du prénom chez le trans*, Thèse de doctorat en Psychologie. Psychanalyse et psychopathologie, sous la direction de Laurie Laufer et de Ouriel Rosenblum, soutenue le 29 novembre 2018, consultable en ligne, 254 p.

¹⁵²⁹ Jean-Luc NANCY, « Éloge de la mêlée », in *Être singulier pluriel*, Galilée, 2013, 210 p.

modèle binaire est si profondément ancré dans les esprits comme structure cognitive, que s'en écarter s'apparente un peu à la commission d'un sacrilège, si bien que pour en revenir au champ de la classification communément admise des sexes, la tentation est grande de rejeter les configurations qui remettent en question cette architecture quasi sacrée transmise par des générations de juristes, et si répétée et reproduite qu'il est difficile de lui échapper. Or cette classification de l'humanité en deux catégories - le masculin et le féminin - expose les personnes qui n'entrent pas clairement dans ses cases, voire pas du tout, ce qui est le cas des personnes intersexes, à des atteintes à leurs droits fondamentaux qui les rendent particulièrement

vulnérables : droit à la vie¹⁵³⁰, interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants¹⁵³¹, droit au respect de la vie privée¹⁵³², droit à la santé¹⁵³³, droits de l'enfant¹⁵³⁴.

¹⁵³⁰ Un droit consacré par l'art. 3 de la DUDH, par l'art. 6 du PIDCP (Pacte international relatif aux droits civils et politiques) et par l'art. 2 de la CEDH. L'art. 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant énonce en outre le devoir des États parties d'assurer dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant. Or, le droit à la vie des personnes intersexes peut être bafoué par un processus de « sélection en fonction du sexe » à caractère discriminatoire ainsi que par le « diagnostic génétique préimplantatoire, d'autres formes de dépistage et la sélection de caractéristiques particulières ». Cette forme de rejet ou d'avortement sélectif est incompatible avec les normes relatives à l'éthique et aux droits de l'homme en raison de la discrimination opérée à l'encontre des personnes intersexes sur la base de leurs caractéristiques sexuelles, *in* Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 30.

¹⁵³¹ La torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont interdits aux termes de l'art. 5 de la DUDH, de l'art. 7 du PIDCP et de l'art. 3 de la CEDH. Ils sont également interdits par la convention spéciale des Nations Unies de 1984, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et par la Convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Des organisations de défense des droits des personnes intersexes revendiquent l'arrêt des opérations chirurgicales de « normalisation » qu'elles qualifient de « mutilation génitale », et d'autres traitements médicaux du même acabit. Nombre d'enfants subissent fréquemment, sans leur consentement « éclairé » ou celui de leurs parents, une intervention irréversible de rectification du sexe qui ne correspond pas aux schémas sexuels habituels de la société, et une stérilisation forcée. Ces pratiques engendrent, en sus d'une infertilité définitive, des souffrances physiques et psychiques aiguës. Tout ceci, alors que l'art. 16-1 al. 1 et 2 C. civ. indique que « chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable », et que l'art. 16-3 C. civ. ajoute qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ». Et alors que le Code pénal énonce clairement dans son art. 222-1 que « le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle (...) ». L'art. 222-9 du même code indique aussi que « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende », et l'art. 227-24-1 précise encore que « le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée ».

¹⁵³² Le droit au respect de la vie privée, qui intègre le droit à l'intégrité physique et psychique, tout comme droit à l'autodétermination et à l'autonomie personnelle, est consacré à l'art. 12 de la DUDH, à l'art. 17 du PIDCP, à l'art. 16 de la CRC (Convention relative aux droits de l'enfant) et à l'art. 8 de la CEDH. Dans son rapport pour l'APCE (l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe), Marlene Rupperecht souligne que « les opérations de conversion sexuelle réalisées sans le consentement de la personne concernée sont en particulier de plus en plus perçues comme une violation des droits individuels étant donné que ceux-ci couvrent le droit de vivre sa vie selon l'identité sexuelle subjectivement perçue ». En 2013, l'APCE a invité les États membres du Conseil de l'Europe à « s'assurer que personne n'est soumis pendant l'enfance à des traitements médicaux ou chirurgicaux esthétiques et non cruciaux pour la santé, garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'autodétermination aux personnes concernées, et fournir des conseils et un soutien adéquats aux familles ayant des enfants intersexués », *in* CEDH *Van Kück c. / Allemagne*, Requête n° 35968/97, arrêt

Le discours juridique de l'ordre des sexes se fonde sur des représentations situées à l'intérieur d'un espace de référence, d'un bâti plus ou moins implicite - tel une impasse - à l'intérieur duquel la pensée se meut. Cette manière de l'Art de penser « par deux » revient à ce que le surgissement d'un troisième objet incline à « l'attirer » artificiellement vers l'un ou l'autre des deux premiers, et à adopter un raisonnement de proximité. Mais inévitablement, la question du raisonnement binaire mène à la possibilité d'un « entre-deux », et aussi, au-delà de la dualité, à celle du pourquoi pas trois, ou quatre, ou plus encore ? ¹⁵³⁵ C'est ainsi qu'il arrive que la qualification juridique d'un objet quelconque emprunte des caractères communs à deux autres objets, et qu'il se situe *entre* ces objets.

L'analyse du mot « entre » révèle plusieurs significations dont la première renvoie à l'idée assez commune, et plutôt pauvre, de séparation. Mais selon une pente naturelle de la pensée, cette position conduit également à l'idée de simple moyenne, à la fois statique et médiane, à distance de deux extrêmes¹⁵³⁶. De surcroît, le mot « entre » suggère qu'il y ait deux pôles, tout en évoquant l'idée de permutation de position, de passage d'un objet transversal hybride mis en tension, d'un pôle à l'autre. Alors qu'y a-t-il en dehors, autour, entre les sexes masculin et

du 12 juin 2003, Marlene RUPPRECHT, « Le droit des enfants à l'intégrité physique », *Rapport, commission des questions sociales, de la santé et du développement durable*, APCE, 2013.

¹⁵³³ Le droit à la santé est consacré à l'art. 25 de la DUDH, à l'art. 12 du PIDESC (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), aux art. 17, 23 et 24 de la CRC, et à l'art. 25 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Sur le plan européen, ce droit est garanti aux articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne révisée. Toute personne a droit au meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint, et ce sans discrimination. La santé sexuelle et génésique est un aspect fondamental de ce droit, de même que les considérations touchant au développement futur de la personne, *in Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 33.

¹⁵³⁴ Les droits fondamentaux des enfants, outre ceux déjà mentionnés pour les personnes adultes, sont « l'intérêt supérieur de l'enfant », le droit d'être enregistré aussitôt sa naissance, le droit de préserver son identité, y compris son nom, le droit de forger et d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, le droit à la liberté d'expression (respectivement art. 3, 7, 8, 12, 13 de la CRC). En février 2015, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a fait part de ses inquiétudes en ce qui concerne « des cas d'interventions chirurgicales non médicalement nécessaires et autres traitements appliqués sur des enfants intersexes sans leur consentement éclairé, qui, souvent, ont des conséquences irréversibles et peuvent être à l'origine de grandes souffrances physiques et psychologiques, et, en pareil cas, l'absence de réparation et d'indemnisation », *in Commissaire aux droits de l'homme, Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, p. 34.

¹⁵³⁵ Marie-Laure MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS Éditions, Les voies du droit, 2014, p. 112.

¹⁵³⁶ Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, Les voies du droit, p. 60 et s.

féminin tels que les reconnaît le Droit ? Rien qu'il veuille voir. Parce que reconnaître l'existence de ces lieux inquiétants qui existent depuis la nuit des temps déconstruirait ses positions habituelles, poserait un sérieux problème de cartographie juridique, corroderait la classification usuelle des sexes, et bouleverserait profondément l'ordre établi.

La binarité des sexes, invariable et stable, rassure ; la dépasser, c'est un peu ouvrir la boîte de Pandore. Or la loi évolue déjà dans l'océan des peurs qui assiègent le quotidien de nos existences ; des peurs multiples, individuelles et collectives qui s'entrecroisent¹⁵³⁷. Sigmund Freud identifiait la peur de la manière suivante : « Angoisse désigne un certain état tel qu'attente du danger et la préparation à celui-ci, fût-il inconnu ; *peur réclame un objet déterminé dont on a peur* ; effroi, pour sa part, dénomme l'état dans lequel on tombe quand on court un danger sans y être préparé, mettant l'accent sur le facteur de surprise »¹⁵³⁸. Et la fonction assignée à la loi est proche de celle attribuée par Jacques Lacan au psychanalyste : la loi est une réponse à nos peurs, elle vise à exorciser le « risque ». Elle « obéit à une conception utilitariste comme maximisation de l'utilité collective »¹⁵³⁹, il lui incombe de remédier aux dysfonctionnements de la société, et on peut se demander si la part impensée de tout un pan de l'identité sexuelle par le droit ne relève pas d'une tendance hygiéniste. Le volontarisme de cette conception est aux confins de la thèse exposée par Adam Smith qui assimilait la pensée du législateur à celle d'un joueur d'échec : fort de ses certitudes, celui-ci positionne des figurines sur un échiquier pour sécuriser une situation. Mais cette approche est irrationnelle et illusoire, parce qu'elle occulte un phénomène essentiel, celui de la volonté des figurines, qui sont des personnes dotées d'une histoire : « L'homme de système est capable de se trouver fort sage dans ses conceptions ; et il est si souvent épris de la beauté qu'il suppose à son plan idéal de gouvernement qu'il ne peut y souffrir d'écart en aucun point de ses parties. Il entreprend de

¹⁵³⁷ Vincent AUBELLE, dans son ouvrage *La loi sur le divan* (Berger-Levrault, Au fil du débat Essais, 2019, p. 213), cite Jacques Lacan qui à la question de savoir pourquoi les gens se font psychanalyser répondait : « La peur. Quand il lui arrive des choses, mêmes des choses qu'il a voulues, qu'il ne comprend pas, l'homme a peur. Il souffre de ne pas comprendre, et petit à petit il entre dans un état de panique, c'est la névrose. Dans la névrose hystérique le corps devient malade de la peur d'être malade, sans l'être en réalité. Dans la névrose obsessionnelle la peur met des choses bizarres dans la tête ... pensées qu'on ne peut pas contrôler, phobies dans lesquelles formes et objets acquièrent des significations diverses et effrayantes ».

¹⁵³⁸ Sigmund FREUD, cité par Thierry BOKANOWSKI, « L'effroi et la question du traumatisme dans la théorie freudienne », Évelyne Chauvet éd., *Psychanalyse et terrorisme. L'effroi peut-il s'élaborer ?*, Presses Universitaires de France, 2017, pp. 35-41.

¹⁵³⁹ Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan*, Berger-Levrault, Au fil du débat Essais, 2019, p. 213.

l'établir absolument dans toutes ses parties, sans égard pour les grands intérêts ou les forts préjugés qui peuvent y mettre obstacle. Il semble croire qu'il peut disposer de différents membres d'une vaste société, aussi aisément que des pièces d'un jeu d'échecs : il oublie que les pièces d'un jeu d'échecs n'ont d'autre principe de mouvement que la main qui les déplace, tandis que, sur le grand échiquier des sociétés humaines, chaque partie a un principe de mouvement qui lui est propre, et qui est absolument différent de celui dont la législature peut faire un choix pour le lui imprimer »¹⁵⁴⁰. Ces deux idées, celles de l'homme de système et du principe de « motion » montrent que si le législateur ne doute pas que sa construction « puisse dresser les corps et les esprits dans leur moindre linéament »¹⁵⁴¹, il est néanmoins confronté à la capacité de mouvement autonome et volontaire de personnes qui, mieux que l'État, savent ce qui est juste pour elles, surtout quand il s'agit de l'identité intime.

L'ordre binaire des sexes et du genre, suscite une croyance collective, il instaure une confiance qui agit comme une forme d'illusion, comme si elle pouvait maîtriser le réel et le maintenir dans un cadre prédéterminé, certain, reconnu. Les représentations mentales strictement duales évoquent l'idée d'équilibre, de symétrie, mais par leur aridité, elles « écrasent » la réalité, elles la « réduisent »¹⁵⁴², elles ne prennent pas en compte la complexité des situations, elles amputent la réalité d'une partie de ses subtilités.

B. L'écrasement de la réalité

Quand un troisième objet, ou plus d'objets encore, perturbent l'ordonnement binaire du sexe, il est tentant de les aligner en fonction des deux autres, mais cette attitude amoindrit les perspectives hors champ, elle stérilise d'autres formes de pensée¹⁵⁴³ en les enfermant dans un

¹⁵⁴⁰ Adam SMITH, *Théorie des sentiments moraux*, Rivages poche, Petite bibliothèque n°859, 2016, pp. 522-523.

¹⁵⁴¹ Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan, op. cit.*, p. 215.

¹⁵⁴² Marie-Laure Mathieu indique que l'écrivain Edwin A. Abbott présentait cette idée dans son roman intitulé *Flatland*, dans lequel un carré, habitué aux terres nommées « pointland », « lineland », et « surfaceland » se voit doté de conscience et fait la rencontre d'une ... sphère venue d'un autre monde, ce qui le conduit à remettre en question toutes ses croyances, tous ses savoirs bien établis par l'expérience éprouvée jusqu'alors (*in* Edwin A. ABBOTT, *Flatland, A romance of many dimensions*, Penguin classics, 1998 (première édition : Seeley & Co., 1884), *in* Marie-Laure MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS Éditions, Les voies du droit, 2014, p. 141.

¹⁵⁴³ Marie-Laure MATHIEU, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRJS Éditions, Les voies du droit, 2014, p. 141.

cadre étreint. Or, souligner que les représentations juridiques que nous nous faisons de la réalité pour en faire « une réalité juridique » - celles que consciemment ou non, nous véhiculons et transmettons - tronquent presque toujours la vérité qu'elles sont censées dépeindre, est devenu un lieu commun.

Le droit a cherché à classer et à organiser la population humaine par le sexe ; il a opéré de telle sorte que la règle binaire structure l'ensemble de son discours sur le sexe, et au-delà, il endosse une fonction de structuration psychique des individus¹⁵⁴⁴. Cette manière de procéder permet l'application d'une foultitude de règles, mais au sein d'une configuration abusivement simplifiée qui induit un phénomène de confusion des représentants et des représentés - des signifiants et des signifiés, selon les acceptions psychanalytiques - une sorte de « trahison des images », car dans toutes nos pensées en gestation, « le masculin et le féminin se prolongent dans une infinité de figures, davantage qu'ils ne s'affrontent dans un système binaire d'oppositions. L'inconscient puise peu à peu dans chaque trajectoire singulière les matériaux de la construction ultérieure de la distinction de sexe »¹⁵⁴⁵.

Le passage de l'observation de la structure sexuelle humaine à la taxinomie, a conduit les juristes à la constituer en concepts, en deux « espèces ». Or, pour bien classer, pour classer scientifiquement en opérant par la *differentia specifica*, il convient de considérer toutes les espèces, d'avoir présent à l'esprit toutes celles que l'on prétend distinguer, et comment elles peuvent coexister¹⁵⁴⁶. Il faut bien les définir, les délimiter, c'est-à-dire les séparer, ce qui n'est possible qu'à partir de catégories distinctes. Mais la considération des espèces existantes tant dans leur universalité que dans leurs distinctions reste problématique. Dans le réel du sexuel humain, les distinctions, les délimitations et les séparations ne sont pas toujours évidentes, ou simplement possibles.

¹⁵⁴⁴ Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Epel, Essais, 2002, p. 10.

¹⁵⁴⁵ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, Kero, Le Livre de Poche, 2012, pp. 9-10.

¹⁵⁴⁶ Charles EISENMANN, « Problèmes de classification », in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éditions Panthéon-Assas, 2002, p. 293.

Classer permet de qualifier, et « la qualification par laquelle on attribue à un objet une certaine « nature juridique » se fonde sur l'idée que cet objet possède en effet cette nature, que l'on n'a fait que la décrire, et l'opération elle-même se présente non comme une fonction de la volonté mais comme une fonction de connaissance »¹⁵⁴⁷. Or la vision juridique des sexes dénote d'une position qui n'est pas le reflet d'un état de fait objectif, puisqu'elle implique nécessairement les juristes dans leur volonté de procéder - sans justification rationnelle ni même purement instrumentale - puisqu'en matière de sexe, ils tiennent pour exact et infrangible le fait que la binarité soit la manière idéale de classer les personnes humaines en deux catégories certaines, dans lesquelles elles s'insèrent incontestablement. Dès lors, il se peut que la nature à laquelle les juristes se réfèrent ne soit qu'une nature simplement « juridique », en fonction de laquelle ils appliquent un régime préexistant, lié à cette nature.

La classification binaire en fonction du sexe nécessite de faire apparaître les données qui justifient la division et la réunion de la population en deux classes distinctes, opposées à partir de données connues, et auxquelles on applique une qualification différente. Cette opposition permet de justifier l'établissement de catégories « authentiques » et l'adéquation des comportements à ces catégories, comme si toute autre possibilité consistait en une « déviation ». Ces deux classes sont les résultantes de réflexions théoriques, de décisions intellectuelles, de définitions nominales. L'idée que seul le classement binaire soit possible domine, alors que même le sexe biologique présente de multiples traits admissibles à une classification logique et légitime, non binaire¹⁵⁴⁸. Si la classification doit être une réponse à un problème, à une interrogation, à une recherche que pose la qualification d'un ensemble hétérogène d'individus, n'importe quelle réponse n'est pas rationnellement possible, l'objet même de la classification en conditionne la justesse. Or le juriste n'est pas « libre », sa pensée est structurée par le « ni, ni » plutôt que le « et, et », elle repose sur le conflit, c'est le choix d'un terme contre l'autre, et ce conflit, qui se voudrait générateur de sens, inhibe les possibles.

¹⁵⁴⁷ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, p. 259.

¹⁵⁴⁸ Cf. paragraphe II La différence comme anomalie.

L'expression de « religion des deux sexes »¹⁵⁴⁹ qui se peut se rapporter à la binarité juridique des sexes n'est pas à comprendre comme une croyance un peu naïve qui méconnaîtrait la variété naturelle des sexes, mais comme un dogme qui tisse du lien social autour d'obligations ritualisées, sacrées par l'État, faisant du genre le principal opium du peuple, pour reprendre la formule de Erving Goffman¹⁵⁵⁰. Le modèle binaire des sexes prétendument incommensurables et stables¹⁵⁵¹, mais surtout socialement définis et juridiquement établis, ressemble à un système

¹⁵⁴⁹ *Deus sive natura* disait Spinoza. Se détourner de l'un reviendrait à s'éloigner de l'autre, auquel cas les conséquences annoncées seraient abominables et relèveraient de l'hérésie, la faute étant à la fois religieuse, morale, physique, destructrice de l'humanité.

¹⁵⁵⁰ Cf. Erwin GOFFMAN, *L'arrangement entre les sexes*, La Dispute, 2002, 115 p.

¹⁵⁵¹ La génétique est beaucoup plus complexe que l'état civil. Les travaux de Joëlle Wiels, biologiste et directrice de recherche au CNRS au laboratoire Signalisation, noyaux et innovations en cancérologie (Unité CNRS/Université Paris Sud/Gustave Roussy), contestent « le dogme trop bien établi du binarisme sexué » et l'usage politique qui en est fait. La chercheuse indique qu'« il ne s'agit pas de remettre en cause la réalité biologique de la sexuation, mais de contester sa dualité absolue », car la détermination du sexe (chromosomes, gonades, hormones, anatomie) est un phénomène extrêmement complexe : « si je vous demande ce qui détermine le sexe, vous répondrez les chromosomes : les femmes ont deux chromosomes X et les hommes un X et un Y. Mais ce n'est pas vrai pour tout le monde : certaines personnes ont un, trois ou quatre X, un X et deux Y, deux X et un Y... Les personnes qui ont deux X ont aussi parfois des organes génitaux mâles, et celles qui ont un X et un Y des organes génitaux femelles », in Stéphanie ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l'état civil ? », *CNRS Le Journal*, 27 juin 2019, consultable en ligne. Son ouvrage *Mon corps a-t-il un sexe ?*, « rassemble les contributions de chercheurs et chercheuses en sciences de la vie et en sciences humaines et sociales est de faire le point sur les connaissances concernant le sexe biologique et ses variations, dont on sait désormais qu'il ne permet pas de séparer les individus en deux catégories bien distinctes. Ce livre veut aussi évaluer l'impact du genre sur le développement du corps des êtres sexués et sur la construction de leur identité. Enfin, il cherche à apprécier dans quelle mesure les croyances liées au genre (bi-catégorisation mâle-femelle stricte, supériorité masculine) ont pu influencer les recherches menées sur le sexe biologique. Et les témoignages de personnes intersexes et transgenres apportent sur la question de l'identité sexuée un éclairage complémentaire qui bouscule les « réponses » que donnent le plus souvent la médecine et le droit », in Joëlle WIELS, *Mon corps a-t-il un sexe. Sur le genre, dialogue entre biologie et sciences sociales*, La Découverte, Recherches, 2015, 4^{ème} de couverture. En 1923, la découverte des chromosomes sexuels donne en effet aux modèles masculin et féminin une caution scientifique : la formule chromosomique intangible était supposée impliquer l'impossibilité de changer de sexe, et la cour d'Appel de Paris soutenait encore, dans un arrêt du 27 janvier 2011, que le « nouvel état sexuel (d'une personne transidentitaire) est imparfait, la formule chromosomique restant quant à elle inchangée, cf. CA Paris, 27 janvier 2011, *Semaine juridique, édition générale*, 2011, p. 480, note Philippe Reigné. Or, il existe des cas d'inversion sexuée (sachant que le caryotype est l'arrangement standard de l'ensemble des chromosomes d'une cellule, et que les recherches de caryotypes permettent de détecter des aberrations chromosomiques comme la trisomie 21, ou d'identifier des aspects du génome des individus, comme le sexe, XX pour une femme, ou XY pour un homme). C'est-à-dire qu'il existe des femmes de caryotype 46XY et des hommes de caryotype 46XX), ainsi que d'autres caryotypes correspondant à l'absence du deuxième chromosome sexuel (45XO) ou, tout au contraire, à la présence de chromosomes sexuels surnuméraires (47XXX, 47XXY, 47XYY, 48XXYY, 48XXXY et 49XXXXY). Le caryotype ne fournit donc pas de fondement scientifique à la division des êtres humains entre les femmes et les hommes, ce qui laisse à penser que le transsexualisme est une construction sociale issue du modèle à deux sexes.

séculaire de castes, dont on ne sort pas, et en dehors desquels il n'existe aucune place, si ce n'est le pathologique. Pourtant, la génétique est bien plus complexe que l'état civil, et une autre nature se dévoile : des enfants aux chromosomes de garçon, XY naissent avec des corps de fille, et des filles XX naissent avec des corps de garçon. D'autres enfants naissent pourvus à la fois des caractéristiques féminines et masculines, ou encore des caractéristiques qui ne ressemblent pas vraiment ni au masculin ni au féminin, l'autre, à tel point qu'on ne sait plus comment nommer ces enfants à la naissance. « Que l'anatomie réponde de façon ambiguë à l'injonction d'être classée et c'est immédiatement la panne dans le registre symbolique »¹⁵⁵².

Le choix normatif et universel de la binarité, fruit d'options politiques, de jugements moraux et de considérations culturelles, marque le déni de reconnaissance par le Droit de minorités sexuelles tangibles, ainsi qu'une tension entre les droits fondamentaux de tous les êtres humains indépendamment de leur sexe, et les droits des personnes appartenant à une configuration sexuelle inhabituelle considérée comme « anormale ».

II. La différence comme anomalie

*« De Bacchus, Vénus eut les Grâces ; d'Anchise, Énée ; et de Mercure,
l'Androgyne, ce monstre charmant qui semble avoir hésité dans le choix de son sexe,
entre celui d'une mère si belle et celui d'un père aussi vif,
et finit, pour sortir du doute, par prendre les deux »¹⁵⁵³.*

Émile Henriot

L'enregistrement des gens à l'état civil, avec la mention du sexe obligatoire, est une donnée fondatrice de notre système social¹⁵⁵⁴, mais jusqu'à présent il ne s'est pas préoccupé pas de la diversité anatomique des sexes (A), ni du destin d'une catégorie de personnes aux corps

¹⁵⁵² Pascale MOLINIER (préf.), in Anne Fausto-Sterling, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Payot, 2013, p. 7.

¹⁵⁵³ Émile HENRIOT, *Mythologie légère*, Artheme Fayard, 1957, p. 37.

¹⁵⁵⁴ L'état civil est l'une des plus vieilles institutions françaises (v. Christine BIDAUD-GARON, *L'état civil en droit international privé*, thèse de doctorat, Lyon-III, 2005, n° 2) ; il apparaît au début du 15^{ème} siècle avec les registres de baptêmes, tenus par l'Église, et permet alors d'éviter les mariages illicites. L'état civil a surtout une fonction probatoire, il sert à identifier les personnes pour qu'elles ne puissent être confondues entre elles, et pour pouvoir faire la preuve de leur état.

encombrants¹⁵⁵⁵, qui ont « la malchance de naître dans un monde où ne pas être exactement mâle ou femelle conduit à se voir attribuer le caractère d'une aberration¹⁵⁵⁶. Le trouble du droit face à la réalité du sexe dit « neutre » est incontestable (B).

A. La diversité anatomique des sexes

« Nulle immensité n'est plus grande qu'un détail »¹⁵⁵⁷.

Michel Foucault

Certaines personnes, dites intersexes¹⁵⁵⁸, longtemps regardées comme des « abominations de la nature », naissent avec un double appareil génital masculin et féminin, ou plus complexe encore¹⁵⁵⁹, à la différence des personnes transsexuelles, dont les caractéristiques génitales ne sont pas équivoques mais entrent radicalement en contradiction avec leur sexe psycho-social. Ces personnes incorporent littéralement les deux sexes, elles « défient les croyances traditionnelles concernant la différence sexuelle »¹⁵⁶⁰. De telle sorte que « jusqu'au milieu des années 2000, l'intersexuation d'un enfant était dissimulée à l'enfant voire à ses parents »¹⁵⁶¹. Depuis plus d'un siècle, les tribunaux, confrontés aux notions de transsexualisme et d'intersexualisme se sont employés à définir le sexe de telle sorte que la binarité ne soit pas mise en question et reste un outil de disciplinarisation des corps et des psychés : le 6 avril 1903,

¹⁵⁵⁵ Cf. Hélène ROUCH, *Les corps, ces objets encombrants*, Éditions IXe, 2011, 231 p.

¹⁵⁵⁶ Pascale MOLINIER (préf.), in Anne Fausto-Sterling, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, op. cit., p. 7.

¹⁵⁵⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Gallimard, 2010, p. 164.

¹⁵⁵⁸ Des bébés naissent avec un clitoris particulièrement développé, un vagin incomplet, un pénis minuscule, ou encore un appareil génital à la fois masculin et féminin, et cette ambiguïté se retrouve au niveau des organes reproductifs internes, c'est-à-dire les ovaires et les testicules. Une personne intersexuée présente donc une « conformation biologique (caractéristiques génétiques, hormonales et physiques) qui n'est ni exclusivement mâle, ni exclusivement femelle, mais est typique des deux à la fois, ou bien non clairement définie comme l'un ou l'autre, in Silvan AGIUS et Crista TOBLER, *La Discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées*, Commission européenne, direction générale de la Justice, 2012, p. 12.

¹⁵⁵⁹ Le fait que certaines personnes naissent avec des organes génitaux sains mais échappant à la dualité des sexes juridiquement reconnus a été longtemps occulté, mais donne aujourd'hui lieu à des publications scientifiques majeures, entre autres celle d'Anne FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres*, La découverte, Genre & sexualité, 2012, 400 p.

¹⁵⁶⁰ Anne FAUSTO-STERLING, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, op. cit., p. 61.

¹⁵⁶¹ Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, op. cit. p. 247.

la première chambre civile de la Cour de cassation subordonnait la validité du mariage « à la double condition que le sexe de chacun soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint »¹⁵⁶².

¹⁵⁶² La Cour se borne alors à décrire à l'aspect des organes génitaux externes : Cass. Civ 1^{ère}, 6 avril 1903. C'est l'histoire d'un procès qui débute le 29 avril 1869, devant le tribunal civil d'Alès, et connaîtra des rebondissements retentissants. L'objet du litige, et des débats, c'est l'intimité la plus viscérale d'un couple, puisque l'épouse, dépourvue des « organes naturels constitutifs de son sexe », ne serait pas une femme. Dès la nuit de noces, Antoine Darbousse, 23 ans, échoue à faire valoir ses prérogatives de mari, sa femme Justine Jumas se révélant dépourvue de vagin. La jeune épousée de 25 ans rejette vigoureusement tout soupçon sur son identité sexuelle, elle a été élevée comme fille dans l'idée que ni son corps ni sa sexualité n'avaient rien d'anormal. Elle prend l'avis d'une sage-femme qui constate qu'elle n'a ni utérus, ni ovaires, ni vagin, et qu'elle n'a jamais été réglée. L'épouse ne possédant pas « les organes constitutifs de son sexe » (Tribunal civil d'Alès, 1869), l'époux souhaite que le mariage soit annulé, puisqu'il serait une « alliance monstrueuse » entre personnes du même sexe. Le tribunal veut vérifier si Justine « est ou n'est pas privée de tous les organes naturels distinctifs de la femme, les uns externes et apparents et les autres internes » et donc si son sexe est différent de celui de son mari. Par souci de bienséance les magistrats du tribunal d'Alès ordonnent l'huis-clos pour soustraire le procès à des « inconvénients graves pour la morale publique », et ils requièrent une inspection gynécologique « quelque répugnance que l'on puisse éprouver », par la sage-femme en chef de la maternité de Montpellier placée sous l'autorité d'un médecin. Le docteur Legrand du Saulle, cofondateur de la Société de médecine légale se basant exclusivement sur certaines pièces du procès et sur sa connaissance des archives médicales collectées sur les « monstres », affirme que Justine Jumas n'est pas une femme, pas davantage un homme et « ne possède très probablement aucun sexe ». Le docteur Carcassonne, délivre, lui, un certificat médical la disant femme, sans que rien « ne rappelle le sexe masculin ni aucun de ses attributs ». Un autre médecin, Tardieu déclare ne pas voir de femme en Justine Jumas, mais plutôt un homme ; qu'importe si elle ne présente ni prostate, ni testicule, ni pénis. Un dernier expert, le professeur Courty, annonce que Justine « doit être rangée dans la catégorie de ces sujets tératologiques qui n'ont, à proprement parler, pas de sexe ». La bataille des experts médicaux déborde rapidement le prétoire, les rivalités entre scientifiques s'exacerbent. La Cour annule finalement le mariage, et l'énoncé de son verdict rompt la norme de la division des sexes héritée du droit romain : Justine Jumas n'a plus la qualité biologique de femme, et ne reçoit pas celle d'homme. La voici « monstrualisée », rendue à une existence sans sexe ni juridique, ni biologique, ni social, condamnée au célibat. Le docteur Brouardel, doyen honoraire de la puissante Faculté de médecine de Paris 2, sera sollicité pour avis à la Cour de cassation, souligne les limites de la médecine en matière de normes sexuelles : « On aurait la plus grande difficulté, je pourrais dire une véritable impossibilité dans un grand nombre de cas, à fixer, par diagnostic médical, la limite des malformations acceptables pour appartenir à un sexe ou pour en être exclu. L'erreur de diagnostic serait souvent bien difficile à éviter, et on verrait, comme il y a deux siècles, des ménages rompus par le corps médical » ; in Paul BROUARDEL, « Malformation des organes génitaux de la femme. Y-a-t-il lieu de reconnaître l'existence d'un troisième sexe ? », *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 4e série, t. 1, n°3, 1904. La Cour de cassation indique cependant que « le défaut, la faiblesse ou l'imperfection de certains organes caractéristiques du sexe sont sans influence possible sur la validité du mariage ». La Cour souligne ainsi la nécessité pour les conjoints d'être, d'appartenance féminine ou masculine, mais, elle refuse de prendre en considération d'éventuels défauts de conformation physique pour briser le mariage ; elle réduit finalement la part du biologique dans l'appréciation du sexe de l'individu. À la fin du siècle émerge donc une conception juridique de l'institution des sexes, qui dépasse sa fonction fondamentale de reproduction, et la détache du biologisme ambiant. « En acceptant, dans la majorité des cas et in fine, qu'une conformation organique atypique ou/et une impuissance et une infécondité ne disqualifient pas de sa qualité d'homme ou de femme et n'insultent pas le mariage au point de l'annuler, les magistrats suggèrent une définition

À l'égard des transsexuels, qui vivent leur sexe biologique comme étant en opposition avec leur sexe psychique - cette particularité nommée « dysphorie de genre¹⁵⁶³ » n'étant plus classée dans la nomenclature de la Sécurité sociale dans le chapitre des troubles de la personnalité ouvrant droit à une prise en charge en ALD¹⁵⁶⁴ - le changement de sexe a été admis au terme d'une longue et laborieuse évolution jurisprudentielle¹⁵⁶⁵, et grandement facilité par la loi du 18

de l'identité de sexe moins normative et moins rigide que celle des médecins au même moment », in Gabrielle HOUBRE, « Un corps sans sexe ? Un procès en nullité de mariage et un verdict confondants dans la France du XIXe siècle, *Corps et psychisme*, n° 69, 2016, p. 133-142.

¹⁵⁶³ La dysphorie de genre est une appellation médicale utilisée dans le manuel de l'Association Américaine de Psychiatrie, elle désigne la situation – et non la maladie - d'une personne qui éprouve un sentiment d'inadéquation entre son sexe assigné et son identité de genre. Ainsi le transsexualisme, connu sous cette appellation de dysphorie de genre, est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance. Il met en évidence la complexité du sexe dans ses multiples composantes : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et social, sans qu'il y ait d'accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe. Depuis 2013, l'APA indique que « la non-conformité de genre elle-même n'est pas un trouble mental. Ce qui caractérise la dysphorie de genre est la présence d'une souffrance clinique significative associée à la non-conformité de genre », in *Gender Dysphoria*, www.psychiatry.org, 2013.

¹⁵⁶⁴ Le gouvernement français, dans le décret n° 210-125 du 8 février 2010 a retiré les troubles de l'identité de genre de la liste des affections psychiatriques de longue durée. Le Principe 18 des *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* indique qu'« en dépit de toute classification allant dans le sens contraire, l'orientation sexuelle et l'identité de genre d'une personne ne sont pas en soi des maladies et ne doivent pas être traitées, soignées ou supprimées »

¹⁵⁶⁵ La Cour de cassation s'est longtemps retranchée derrière une conception particulièrement étroite du sexe, de sorte qu'elle était défavorable à la reconnaissance d'un changement de sexe à l'état civil (arrêts du 16 décembre 1975 et du 21 mai 1990) au motif de l'indisponibilité de l'état des personnes, et *a fortiori* de leur sexe. Mais cette solution était bancal car le principe d'indisponibilité de l'état des personnes ne faisait pas obstacle à toutes les modifications de l'état civil (changement de nom, de filiation, de domicile) et de surcroît, elle ne respectait pas le droit à la vie privée des personnes transsexuelles, obligées de vivre avec une ambiguïté sexuelle visible dès qu'un document officiel leur était demandé. C'est sur le fondement de ce droit que la CEDH a condamné la France en 1992 (CEDH, 25 mars 1992, *B. c. / France*). Cette rigueur de la Cour de cassation s'infléchit progressivement à partir de 1992, sur le fondement du droit au respect de la vie privée (Cass., Ass. Plén., 11 décembre 1992 : « Lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »). La protection de la vie privée d'une personne transsexuelle, prenait ainsi le pas sur le principe d'indisponibilité. Mais les exigences de la Cour, excessivement invasives quant à l'intimité des personnes humaines (cinq conditions étaient exigées : la présence du syndrome du transsexualisme établie par une expertise judiciaire, un traitement médico-chirurgical suivi dans un but thérapeutique, une perte du sexe anatomique d'origine, une apparence physique proche de l'autre sexe, enfin, un comportement social correspondant à cette nouvelle apparence). Ces solutions étaient peu critiquées que ce soit par la jurisprudence ou par la doctrine jusqu'à ce que Thomas Hammarberg, commissaire aux droits de l'homme près le Conseil de l'Europe, publia en 2009, son rapport recommandant d'« instaurer des procédures rapides et transparentes de changement de nom et de sexe sur les extraits d'acte de naissance, certes d'identité, passeports, diplômes et autres documents officiels » (Thomas

novembre 2016, dite loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle. La procédure reste néanmoins judiciaire, et les audiences qui sont des moments capitaux pour les requérants, sont redoutées car la nécessité de la « preuve par le corps » reste tangible, même en l'absence d'attestations médicales, notamment la manière dont cette preuve est perçue par le tribunal¹⁵⁶⁶ devant lequel il faut jouer le jeu des stéréotypes de genre et répondre aux attentes présupposées en matière de présentation sexuée. Il faut convaincre. Une procédure qui a nettement tendance à renforcer ces « stéréotypes de genre avec lesquels les différents acteurs, tant requérants que

HAMMARBERG, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Bureau du Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, octobre 2009, 44 p.). Pour assouplir les conditions du changement de sexe, une circulaire du ministère de la Justice du 14 mai 2010 enjoignit le ministère public à donner un avis favorable aux demandes de changement d'état civil des personnes transsexuelles sans exiger ni expertise judiciaire ni opération chirurgicale d'aucune sorte, dès lors que pouvaient être démontrées la réalité du transsexualisme et effets irréversibles des traitements hormonaux subis. Deux arrêts du 7 juin 2012 confortèrent cette position, la Cour de cassation se restreignit à exiger la preuve du syndrome de transsexualisme, et une l'irréversibilité de la transformation de l'apparence. Cette évolution juridique ne reflétait pas le reflet de progrès scientifiques, mais bien un changement culturel profond de modèle de représentation de la sexualité. Deux arrêts du 13 février 2013 rendus par la 1^{ère} ch. civ. de la Cour de cassation exigeaient encore ces conditions. Le 31 juillet 2013, la Cour de cassation rendait un « avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil » (JORF, n°0176, 31 juillet 2013, texte n° 100), dans lequel elle estimait que « Les personnes transidentitaires sont souvent stigmatisées, voire discriminées, et il n'est pas certain que les termes de la législation actuelle les protègent suffisamment contre les actes et les menaces dont elles peuvent être victimes. En outre, le parcours judiciaire de changement de sexe se traduit toujours par une dégradation de la condition sociale de la personne, contrainte pendant une durée trop longue à vivre dans un genre opposé à celui que lui reconnaît son état civil (...). La CNCDH n'ignore pas que la mention du sexe demeure, dans notre droit, un élément essentiel de l'identification des personnes et que l'état civil revêt une forte importance symbolique dans la tradition républicaine française. L'état des personnes a en effet un rôle essentiel, à la fois au regard de l'intérêt général (puisqu'il permet une identification simple et sûre d'autrui) et au regard du sujet lui-même. La CNCDH est par ailleurs consciente de la situation très précaire des personnes transidentitaires en France, victimes de discriminations et d'exclusion sociale. Le droit, non seulement n'est pas suffisamment protecteur pour ces personnes, mais contribue aussi à les maintenir pendant de nombreuses années dans une situation de grande vulnérabilité sociale. C'est pourquoi la CNCDH estime nécessaire une refonte de la législation française concernant l'identité de genre et le processus de changement de sexe à l'état civil. Les questions abordées, dont l'enjeu est d'améliorer la lutte contre les discriminations et de défendre le principe de l'égalité devant la loi, apparaissent pleinement et étroitement liées à la promotion des droits fondamentaux ».

¹⁵⁶⁶ « À l'audience, le requérant s'est présenté sous des traits masculins notamment avec un bouc. Ces éléments établissent que le requérant est inscrit depuis plusieurs années dans une démarche de transformation de son apparence physique et que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente et dans lequel il est connu », TGI d'Évry, 9 octobre 2017, n° 17-04792. Laurence Hérault explique aussi : « quant aux témoignages mobilisés pour attester de cette réalité, coincés entre l'évidence d'une présentation sexuée socialement assumée (évidemment que cette personne se présente en femme/homme !) et l'impossibilité d'en fournir des preuves (c'est quoi se présenter en homme/femme ?), ils peineront toujours, quoi qu'on fasse, à avoir force de preuves », in Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, op. cit., p. 199.

magistrats, se débattent maladroitement »¹⁵⁶⁷. Ainsi que l'explique Laurence Hérault, « les personnes ont le sentiment d'être jugées sur leur "bonne" capacité à s'inscrire dans le genre revendiqué alors même que les critères qui pourraient permettre cette évaluation se dérobent ou sont stéréotypiques »¹⁵⁶⁸. La question se pose de savoir si cette procédure évaluative est adaptée, car les magistrats doivent juger de ce que l'on peut estimer relativement injugeable : savoir si l'identité sexuée des personnes qui requièrent un changement de sexe à l'état civil est bien avérée, conforme et légitime. Or une simple procédure déclarative pourrait sans doute appuyer un engagement personnel à vivre comme tel.le., sous une autre assignation sexuée que celle donnée à la naissance.

Cette loi qui a inséré au sein du Code civil la section « De la modification de la mention du sexe à l'état civil » codifiée par les articles 61-5¹⁵⁶⁹ à 61-8, permet, en principe¹⁵⁷⁰, à toute

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 257.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 196.

¹⁵⁶⁹ Le nouvel art. 61-5 du Code civil (article créé par la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016) énonce que : « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ». On peut relever concernant cette dernière et troisième mention que lorsque les juges sont amenés à apprécier l'intérêt d'une personne au regard du prénom qu'il porte ou souhaite porter, en lien avec le sexe qu'il revendique, ces mêmes juges sont nécessairement conduits à se référer à leurs représentations personnelles. La notion d'intérêt d'une personne à porter un prénom « qui correspond au sexe revendiqué » devient alors une notion flexible qui constitue le creuset de stéréotypes de genre relatifs à ce que doit être un prénom masculin ou un prénom féminin, ou même un prénom « mixte », voire « neutre » qui « conviendrait » à une personne transgenre ou intersexuelle.

¹⁵⁷⁰ Marie LAMARCHE indique cependant que le Défenseur des droits, au regard de multiples réclamations relatives au respect de l'identité de genre des personnes transgenres, a dénoncé dans une décision-cadre du 18 juin 2020, les insuffisances du droit positif, et même « l'absence de pratiques uniformes et certains traitements *contra legem* des personnes concernées. Au final, la décision énonce dix recommandations visant le respect des droits fondamentaux des personnes transgenre ». Le défenseur des droits explique que « les parcours de transition sont d'une grande diversité. Si certaines personnes transgenres décident d'entamer une transition d'un genre à l'autre, d'autres refusent la binarité femme/homme, il n'existe pas de parcours type ». L'auteur explique que si certaines transitions sont d'ordre médical ou juridique, d'autres sont d'ordre social, et que « la contrariété des textes en vigueur et des pratiques aux droits fondamentaux des personnes transgenres est dès lors dénoncée dans un éventail de domaines : état civil, éducation, emploi, accès aux biens et aux services, santé et protection sociale, droits sexuels et reproductifs et enfin dans celui de la privation de liberté ». À propos de la demande de changement de prénom, alors que la procédure a été déjudiciarisée par la loi du 18 novembre 2016, il apparaît que les pratiques de certains officiers de l'état civil et procureurs peuvent différer totalement, et que des pièces justificatives sont parfois exigées de façon tout à fait illégitime.

personne d'obtenir une modification de la mention de son sexe à l'état civil, à condition qu'elle fasse la preuve d'une sorte de possession d'état du sexe qu'elle revendique, puisque sa situation doit être inscrite dans la durée et éventuellement comprendre le *nomen* (le changement de prénom), le *tractatus* (se comporter socialement selon le sexe souhaité) et la *fama* (être connu sous ce sexe de son entourage familial, amical ou professionnel). Ces conditions ne sont pas cumulatives, il « suffit »¹⁵⁷¹ que la personne démontre par plusieurs faits convergents¹⁵⁷² que le sexe indiqué sur son état civil ne correspond pas à celui auquel elle se sent appartenir ; la liste des faits évoqués par le législateur n'étant aucunement limitative. La possession d'état du sexe s'établit donc en fonction d'une identité de genre vécue et d'une dimension sociale qui doivent être démontrées selon la méthode du faisceau d'indices, ainsi que l'indique la circulaire du 10 mai 2017¹⁵⁷³. Le changement de sexe à l'état civil est soumis à l'épreuve des preuves. Une épreuve sans doute liée à la crainte, et même au fantasme des magistrats voire du législateur, que certaines demandes de modification du sexe à l'état civil puissent être le fait d'« usurpateurs »¹⁵⁷⁴. La question de l'évolution de la procédure de changement de sexe vers

De même, la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil devant le juge judiciaire n'est pas uniformément appliquée. Des juges se permettent encore de formuler des preuves médicales. Ainsi, une décision de première instance a refusé le changement de sexe au motif notamment que « si les textes de loi n'exigent pas de traitement ou d'opération chirurgicale, la preuve d'un suivi régulier par un psychiatre et la décision de subir des opérations définitives empêchant toute grossesse pourraient permettre de s'assurer de la réalité de la volonté récente de changement de sexe de la part de l'intéressée, de façon stable, sans idée de retour en arrière ». Face à ces interprétations divergentes et non respectueuses de la lettre et même de l'esprit des textes, le Défenseur des droits, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sur les exemples de certaines législations étrangères (Belgique, Grande-Bretagne, Danemark, Malte, Irlande, Norvège), un changement de prénom et de la mention du sexe à l'état civil de nature déclaratoire avec simple attestation sur l'honneur », *in* Marie LAMARCHE, « Respecter l'identité de genre des personnes transgenres dans toutes ses dimensions », *Droit de la famille*, Alertes, n° 9, Septembre 2020.

¹⁵⁷¹ La modification du sexe à l'état civil nécessite cependant toujours une décision du tribunal selon l'article 61-6 al.1 du code civil.

¹⁵⁷² La technique du faisceau d'indices a été retenue par la circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil.

¹⁵⁷³ Circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil NOR : JUSC1709389C, p. 6.

¹⁵⁷⁴ « Ce dont l'État a le plus peur, c'est qu'il y ait des abus, qu'il y ait des usurpations d'identité, que des hommes se fassent passer pour des femmes, que des femmes se fassent passer pour des hommes. Mais c'est impossible. Faut arrêter de fantasmer sur des peurs paniques ! » (Louise Villatte) ; « C'est pas quelque chose où quelqu'un se lève le matin et se dit "tiens, j'ai envie de changer de sexe" et ils

une déjudiciarisation se pose¹⁵⁷⁵, vers une procédure plus déclarative qu'évaluative, au sens où elle consisterait en un engagement à vivre sous une autre identité que celle assignée à la naissance. À la condition bien évidemment d'opter pour le sexe masculin ou féminin.

Ce choix d'option est aujourd'hui fermé. Et pour cause ... Jean Hauser écrivait qu'« à travers l'état civil, c'est à une reconstruction de la société que l'on procède¹⁵⁷⁶. La question étant finalement simple : qu'est-ce qui dans l'individu mérite d'être révélé dans un but d'organisation sociale étant admis a priori qu'il s'agit de justifier une atteinte au principe fondamental (...) du respect de la vie privée ? La réponse n'est sans nul doute plus la même qu'il y a quelques années. Le Droit en a vu d'autres, le tout est de bien mesurer, au-delà des cortèges et des convaincus d'avance, les conséquences que l'on devra gérer. Elles sont, pour l'instant, imprévisibles »¹⁵⁷⁷.

« L'anatomie c'est le destin »¹⁵⁷⁸ disait Sigmund Freud¹⁵⁷⁹, alors la question reste complètement ouverte et aujourd'hui irrésolue à l'égard des personnes intersexes qui présentent

vont à la mairie, ils font un changement de sexe et basta quoi. Non. C'est pas comme ça. Je le perçois pas comme ça. Quand on fait un changement d'état civil, c'est quand même quelque chose de réfléchi » (Carine Pons) ; « Quand on est prêt à perdre sa maison, à perdre ses enfants, à perdre son boulot, à se voir socialement regarder de travers, à devoir justifier qui on est et d'être capable d'aller jusqu'au tribunal pour dire haut et fort "je suis Madame Justine", c'est qu'il y a quand même quelque chose derrière. Une motivation. Je ne me suis pas levée hier matin en me disant : "Tiens, je veux être une femme juste histoire de me faire pourrir socialement » (Justine Masson), in Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité, op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁵⁷⁵ La procédure judiciaire de changement de sexe à l'état civil reste en effet une difficulté pour bon nombre de personnes transsexuelles : « Donc concernant le sexe, pour moi il devrait vraiment être enlevé du tribunal, parce qu'on nous condamne ... On n'a pas à aller devant le juge. C'est horrible ! je ne sais pas comment je vais le vivre, mais on a l'impression d'être jugés sur le fait qu'on soit femme ou qu'on soit homme. Donc ça, ça devrait complètement être aboli » (Alix Lacaze), *ibid.*, p. 196.

¹⁵⁷⁶ La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 1858 (*D. P.* 1858, 1, p. 247), énonçait que « la constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social ; qu'il n'importe en effet pas moins qu'à la bonne police de l'État qu'aux intérêts privés et de famille, qu'en ce point, toutes les situations soient nettement fixées et clairement définies ».

¹⁵⁷⁷ Jean HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », *JCP G*, n°44, 26 octobre 2015, 1157.

¹⁵⁷⁸ Cf. l'article de Jean-Jacques GOROG, « L'anatomie, c'est le destin », *Champ lacanien*, vol. 17, no. 2, 2015, pp. 71-77.

¹⁵⁷⁹ Cette formule explicite a été empruntée par Freud (Sigmund FREUD, « La disparition du complexe d'Œdipe » (1924), in *OCF/P*, t. XVII, PUF, 1992, p. 31), à Napoléon, qui affirmait que « le destin des hommes, c'est la géographie ». Peut-être n'est-il pas inutile de préciser comment le Napoléon cartographe s'est trouvé vaincu en Russie notamment par l'effacement des coordonnées lorsque l'hiver venu, le blanc manteau avait effacé tous les repères dont il disposait ». Jean-Jacques Gorog explique cependant que « cette référence au destin concerne moins la différence des sexes que la proximité de l'excrémentiel et du sexuel, facteur, dit-il, immuable ». Cet auteur ajoute : « Vous le savez, j'ai pu m'élever à certains moments contre cette formule pour ce qu'elle peut avoir d'incomplet. Elle devient

des caractéristiques sexuelles qui ne correspondent ni typiquement au féminin, ni typiquement au masculin¹⁵⁸⁰ ; elles ont « un peu des deux », sont « entre les deux », ou encore ne sont ni l'un ni l'autre, mais en aucune façon elles ne correspondent au système binaire juridiquement reconnu. Le droit renvoie les personnes, en tant que sujets sexuels, à des images construites considérées comme « satisfaisantes », qui font appel à une forme de narcissisme, il les renvoie à des images idéales, auxquelles elles doivent s'identifier, autour desquelles elles doivent s'orienter. La mention du sexe à l'état civil pose donc problème aux individus qui, pour des raisons physiologiques et/ou psychologiques, ne trouvent pas naturellement leur place à l'intérieur du dualisme juridique masculin/féminin trop étroit. L'intersexuation présente en effet des configurations de sexe d'une immense diversité¹⁵⁸¹, elle est une manifestation naturelle et « saine » du vivant répandue chez les êtres humains¹⁵⁸², et aussi chez énormément d'espèces animales. Rémy Libchaber indique d'ailleurs que « loin d'être une anomalie, l'intersexualité peut nous entraîner sur la voie d'une pensée postmoderne qui abandonne toute référence à la nature ». Les personnes intersexes, exclues de l'actuel système binaire, revendiquent toujours, via leur droit à l'autodétermination¹⁵⁸³, la création d'une mention

vraie, vous le voyez, si nous donnons au terme anatomie son sens strict, et si je puis dire, étymologique, qui met en valeur, *anatomie*, la fonction de la coupure. Tout ce que nous connaissons de l'anatomie est lié en effet à la dissection. Le destin, c'est-à-dire le rapport de l'homme à cette fonction qui s'appelle le désir ne prend toute son animation que pour autant qu'est concevable le morcellement du corps propre, cette coupure qui est le lieu des moments élus de son fonctionnement », in Jean-Jacques GOROG, « L'anatomie, c'est le destin », *op. cit.*, pp. 71-77.

¹⁵⁸⁰ Naître intersexué peut laisser imaginer qu'une personne possède dans leur intégralité les organes génitaux des deux sexes et serait donc « hermaphrodite ». Mais ce n'est pas le cas, les organes des personnes intersexuées ne sont pas fonctionnels dans leur entièreté.

¹⁵⁸¹ Les personnes intersexes présentent la même gamme d'identités de genre et de sexualité que celles qui ne le sont pas, elles peuvent s'identifier comme des hommes, ou comme des femmes, ou bien considérer qu'elles ne sont ni l'un ni l'autre, ou encore les deux à la fois, c'est pourquoi on peut penser que le qualificatif d'intersexe ne représente pas en soi un type de sexe, mais il est plutôt un terme générique qui réunit un ensemble de personnes présentant des « variations des caractéristiques sexuelles ». Et cette diversité ne leur est pas spécifique, l'anatomie des hommes et des femmes qui répond aux normes médicales de leurs catégories respectives, présente énormément de variations.

¹⁵⁸² L'une des revendications des organisations de personnes intersexes est que l'on voie leur morphologie, plutôt qu'une anomalie ou une malformation, un effet de la variabilité du corps humain, et que ni les traitements médicaux imposés sans consentement éclairé, ni les opérations chirurgicales mutilatrices postnatales n'aient plus cours in Déclaration de Montréal, adoptée à la Conférence internationale sur les droits humains des LGTB+ en 2006, accessible sur le site de l'organisation internationale des intersexué(e)s : <http://www.intersexualité.org/French-Index.html>.

¹⁵⁸³ Une autodétermination proclamée par la CEDH dans son arrêt rendu en assemblée plénière le 6 avril 2017, *Nicot et garçon c. / France* : « l'autodétermination, dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels ».

d'« *intersexe* », ou de « *sexe neutre* »¹⁵⁸⁴, à l'état civil. En attendant, elles n'échappent pas à une vision malformante répandue de leurs corps, et à l'effondrement narcissique jugé inévitable des sujets mal identifiés¹⁵⁸⁵.

B. Le trouble du droit face au « neutre »

*« S'il y a un sens du réel ... il doit bien y avoir quelque chose que l'on pourrait appeler le sens du possible »*¹⁵⁸⁶.

Robert Musil

Le terme même de « neutre »¹⁵⁸⁷ ramené au sexe humain, effraie, semble irréel, inconsistant, presque inhumain ; il interroge le jargon juridique, car en quoi sortir de la binarité impliquerait-il d'être « neutre ». Serge-Samuel Hefez note que « nous sommes à ce point nourris par une pensée binaire dont nous nous abreuvons à longueur de débats que le terme même de neutre fait surgir l'idée d'une pensée fade et molle et la désignation d'un « sexe neutre » tend à faire apparaître des êtres grisâtres aux contours indéfinis, le cheveu mi-long, sans hanche et sans muscle, le pubis lisse et bombé comme les planches anatomiques d'autrefois, ou les mannequins

¹⁵⁸⁴ La catégorie du genre neutre est omniprésente dans l'inconscient collectif occidental : selon Platon, l'espèce humaine comportait trois genres, les mâles nés du soleil, les femelles nées de la lune, et les androgynes (les plus nombreux) issus des deux planètes à la fois, in Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, Université de Savoie, 2011, p. 267.

¹⁵⁸⁵ Pascale MOLINIER (préf.), in Anne Fausto-Sterling, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Payot, 2013, p. 37.

¹⁵⁸⁶ Robert MUSIL, *L'homme sans qualité*, T 1, Le Seuil, Le Don des langues, 2004, 752 p.

¹⁵⁸⁷ Neutre, *neuter* en latin, ne signifie « ni l'un ni l'autre », ni bon ni mauvais, indifférent. Ramené au sexe, cette appellation interroge, car être intersexe signifie bien avoir un sexe, mais un sexe différent de ceux que reconnaît actuellement l'état civil français. Les terminologies de « non spécifique », ou « indéterminée » ou encore « X » (signifiant historiquement « sexe non renseigné ») ne semblent pas plus heureuses, et ramènent encore au système binaire. La question se pose alors de trouver une appellation qui puisse englober toutes les configurations originales autres que celles de masculin ou de féminin, ou de laisser une marge de liberté pour cette mention, aux individus, pour cette mention, une liberté semblable à celle reconnue pour l'attribution des prénoms. V. à ce sujet Benjamin MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées (Chantiers à venir. 1^{ère} partie) », *Socio. Combien de sexes ?*, vol. 9, 2018, pp. 215-237.

des vitrines des magasins lorsqu'on les surprend dénudés »¹⁵⁸⁸. Pourquoi ne serait-on pas « double », ce qui constituerait une indetification plus « positive »¹⁵⁸⁹.

L'idéologie de la différence biologique des sexes et de la binarité sexuelle¹⁵⁹⁰ est toujours martelée, et l'institution joue un rôle normatif indéniable, au point que la norme qui va sans dire, la *nomos agraphos*, a glissé vers une *anomos graphos*, une désignation explicite de l'anomalie dont on ne veut pas¹⁵⁹¹. En 1992, le Comité National d'Éthique expliquait, à propos des cas d'intersexuation d'athlètes : « L'attitude médicale est de les laisser dans l'ignorance de cette anomalie génétique, car leur révéler qu'elles sont porteuses de certains caractères génétiques mâles pourrait entraîner des perturbations psychologiques graves »¹⁵⁹².

Énormément de variétés d'intersexuation ont été rendues invisibles, et l'exiguïté persistante des catégories juridiques de sexe n'est sans doute pas étrangère à l'éviction des personnes intersexuées des prétoires : l'intersexuation suscite en effet un contentieux en apparence ténu. Non en raison de la rareté du phénomène¹⁵⁹³, mais du fait des traitements hormonaux ou chirurgicaux couramment appliqués en vue de modifier les organes génitaux des nouveau-nés intersexués¹⁵⁹⁴, alors que cette méthode a pour conséquence d'irréversibles ravages sur

¹⁵⁸⁸ Serge-Samuel HEFEZ, « Le désir du neutre », in Tribune, Libération, 21 octobre 2015, https://www.liberation.fr/debats/2015/10/21/le-desir-du-neutre_1407884

¹⁵⁸⁹ Rémy LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

¹⁵⁹⁰ L'état civil a contribué à la construction de la « différence de sexes », il a historiquement consolidé la différence sociale entre hommes et femmes (en permettant aussi de leur accorder des droits inégaux au sein du patriarcat) en imposant le principe de binarité sexuelle, et en invisibilisant l'intersexuation.

¹⁵⁹¹ Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, p. 281.

¹⁵⁹² CCNE, avis n° 30 du 27 janv. 1992, p. 1.

¹⁵⁹³ Il pourrait atteindre, d'après la Haute autorité de santé au moins 2 % des naissances, ce qui ne représente rien d'exceptionnel (in HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, Service évaluation des actes professionnels, 2009, p. 23). Selon d'autres sources, il concernerait entre 1,7 et 4 % de la population, soit entre 1 190 000 et 2 800 000 personnes, in Anne FAUSTO-STERLING Anne, *Corps en tous genres, La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, La Découverte, 2012, p. 74.

¹⁵⁹⁴ Cette pratique étant issue des recherches menées sur l'intersexuation, dans les années 1950, par John Money selon lequel l'enfant se sent appartenir au sexe dans lequel il est élevé lorsque cette éducation est accomplie avec conviction ; ainsi les organes génitaux de l'enfant doivent être corrigés le plus tôt possible dans le sens du sexe assigné, in Cynthia KRAUS, Vincent GUILLOT *et al.*, « Démédicaliser les corps, politiser les identités : convergence des luttes féministes et intersexes », *Nouvelles questions féministes* 27/1, 2008, p. 6. Le cas dramatique du canadien David Reimer (1965-2004), révélé en 1997, jeta cependant un sérieux doute sur ces méthodes : une « circoncision thérapeutique » ayant partiellement détruit son pénis alors qu'il était bébé, David Reimer fut, sur le conseil de John Money,

l'intégrité - physique et psychique - de ces personnes. Ce fut notamment le cas d'un bébé versaillais¹⁵⁹⁵ doté « d'organes sexuels masculins particulièrement insuffisants »¹⁵⁹⁶, et déclaré de sexe masculin à l'état civil. Après l'échec d'un traitement hormonal prescrit pour développer son appareil génital masculin, cinq professeurs avaient recommandé la chirurgie afin de féminiser l'enfant¹⁵⁹⁷. Or, ainsi que l'indique clairement Benjamin Moron-Puech, « si l'on admet que l'intersexualisme n'est pas en soi une maladie, mais simplement une variation du développement sexuel (au même titre qu'il existe des variations dans la couleur des yeux), la nécessité thérapeutique ne pourra être caractérisée du seul fait de cet état. Il faudra que s'y ajoute un danger pour la santé »¹⁵⁹⁸. L'existence d'un tel danger est rarement établie, de sorte que, la responsabilité des médecins et des parents peut être majoritairement engagée. Le Conseil de l'Europe, dans sa résolution 1952 de 2013 (§ 7.5.3), a d'ailleurs enjoint les États membres à veiller à ce que les enfants intersexués ne soient pas soumis à des « traitements médicaux ou chirurgicaux cosmétiques et non cruciaux pour la santé » et à « garantir l'intégrité corporelle, l'autonomie et l'auto-détermination aux personnes concernées »¹⁵⁹⁹.

Alors y a-t-il de vrais sexes et de faux sexes ? Avons-nous vraiment besoin d'un vrai sexe ? » demandait Michel Foucault ?¹⁶⁰⁰ Rémy Libchaber estime que l'idée de vérité est de moins en moins pertinente en la matière car « désigne-t-on les apparences extérieures, l'existence des

élevé en fille, et amputé de ses testicules et de son pénis. Longtemps, il résista pourtant à sa féminisation ; à l'adolescence il reprit une identité masculine, et finit par se suicider à l'âge de trente-huit ans.

¹⁵⁹⁵ V. l'arrêt Cour d'appel de Versailles du 22 juin 2000 (*Semaine juridique, édition générale*, 2001, II, 10595, note Philippe Guez). Dans cette affaire, la cour d'appel de Versailles se montra quelque peu réticente l'égard des traitements de conformation sexuée, constatant que ce choix, relevait plutôt d'une opération castratrice (ainsi que l'avaient déjà souligné les premiers juges du Tribunal de grande instance de Nanterre, le 1^{er} juin 1999), plus imposée que choisie par les parents.

¹⁵⁹⁶ CA Versailles, 22 juin 2000, n° 7799-99.

¹⁵⁹⁷ Dans cette affaire, les parents démunis et ignorants de la fréquence et de la relative « banalité » du phénomène d'intersexuation consentirent à l'opération de leur bébé, ils l'élevèrent comme une fille, et sollicitèrent ultérieurement en justice un changement d'état civil, auquel les juges versaillais firent droit, afin de protéger les démarches médicales et psychologique accomplies. Rappelons que l'art. 16-3 du Code civil dispose qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne », et condamne telle sorte d'opérations pratiquées sur des bébés dépourvus du moindre discernement.

¹⁵⁹⁸ Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, sous la direction de Dominique Fenouillet, Université Paris II - Panthéon-Assas, Banque de mémoires, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2>, 2010.

¹⁵⁹⁹ Philippe REIGNÉ, « Le droit des enfants intersexués à l'intégrité physique », in *Semaine juridique, édition générale, LexisNexis* 1149, p. 2026.

¹⁶⁰⁰ Michel FOUCAULT Michel « Le vrai sexe », *Dits et écrits 1954-1988*, IV : 1980-1988, Gallimard, 1994, pp. 115-123.

organes internes, la sécrétion d'hormones sexuées, le caryotype ? On en arrive à ce paradoxe que le droit, qui n'a plus besoin de l'identité sexuelle pour la mise en œuvre de ses règles, devrait asseoir le maintien de la bipartition sur le choix d'un paramètre, qu'il privilégierait parmi d'autres »¹⁶⁰¹. La rigueur du paradigme de la binarité des sexes constitue l'obstacle majeur à la reconnaissance d'un troisième sexe : l'article 57 du Code civil et l'article 55 de la circulaire du 28 octobre 2011 « relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation » ne prévoient en effet aucune possibilité à long terme d'inscrire une autre mention que celles de « masculin » ou « féminin ». Cette circulaire se contente de préconiser que lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, le médecin indique le sexe qui apparaît le plus probable¹⁶⁰², en attendant qu'il soit déterminé de manière certaine endéans les deux ans de l'enfant. Au-delà de ce délai, quel qu'en soit le prix, il y a urgence¹⁶⁰³. Pourquoi une telle urgence ? Parce qu'il faut rapidement inscrire l'enfant dans le schéma de la binarité des sexes, il faut sortir de l'indétermination au plus vite, elle ne peut qu'être provisoire. Il faut donc « trancher »¹⁶⁰⁴, ce qui veut tout dire : nombre d'enfants auxquels on assigne le sexe le

¹⁶⁰¹ Rémy LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

¹⁶⁰² C'est l'art. 55 de la Circulaire du 28 octobre 2011, NOR : JUSC1119808C : « Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication “ de sexe indéterminé “ dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite sur l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes les mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire ».

¹⁶⁰³ Laurence Hérault montre dans son rapport très documenté que pour les officiers d'état civil et pour les magistrats, l'indétermination du sexe constitue une « urgence », un état dont il faut sortir, v. in Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, op. cit., p. 249.

¹⁶⁰⁴ Le commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe écrit en 2015 que « Du fait des images stéréotypées reposant sur cette prétendue dichotomie du genre et en raison des normes médicales qui définissent ce que l'on appelle un corps d'homme et un corps de femme, des interventions médicales et chirurgicales sont couramment pratiquées sur les personnes intersexes, même lorsqu'elles ne sont pas médicalement justifiées, mais purement esthétiques, ou que les personnes intéressées n'ont pas été dûment consultées ou informées au préalable. Le secret et la honte qui pèsent sur les corps intersexes ont permis la perpétuation de ces pratiques pendant des décennies, tandis que les questions de droits de l'homme n'ont, pour l'essentiel, pas été abordées ». Le Conseil de l'Europe encourage les États membres à en finir avec les traitements de « normalisation » des personnes intersexes, médicalement injustifiés, quand ils sont pratiqués sans leur consentement, libre et éclairé. Par ailleurs, il propose des pistes pour protéger les personnes intersexes contre la discrimination, assurer autant que possible la reconnaissance de leur sexe dans leurs documents officiels et garantir leur plein accès à la justice, in

plus facile à réaliser chirurgicalement, subissent une « boucherie » mutilatrice traumatisante et douloureuse¹⁶⁰⁵, pendant des mois, voire des années, pour donner à leur sexe l'apparence

Commissaire aux droits de l'Homme, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, pp. 7-8.

¹⁶⁰⁵ Aude Lorrioux, journaliste pour la revue Slate, relate le 10 avril 2019 l'histoire de M., première personne intersexe au monde à porter plainte pour mutilations. Dans cette interview, M. est désigné par le pronom « iel », contraction de « il » et « elle » : « Crâne rasé et lunettes rondes, iel raconte son histoire hallucinante, traversée de douleurs et de courage, en fumant frénétiquement : « Je suis né·e avec un vagin, des testicules pas descendus, un micropénis ou un clitoris développé. Il y avait vraiment les attributs des deux », explique M., qui comme environ 2% de la population dans le monde, est venu·e au monde avec les attributs des deux sexes. Ses organes génitaux étaient parfaitement sains, selon son dossier médical que nous avons pu consulter. Les médecins ont convaincu ses parents de l'opérer (...) pour faire rentrer absolument ce nourrisson dans un sexe défini, celui que la société veut bien accepter. Par cet acte et les nombreuses autres opérations qui ont suivi, ils ont infligé à M. une série interminable de problèmes de santé. Pendant des d'années, M. et ses parents n'avaient pas de nom attaché à ce qui leur était présenté comme une « anomalie génétique » (...). « Il serait souhaitable qu'il n'existe plus dans l'esprit des parents la moindre ambiguïté dans le sexe de leur enfant afin que la petite M. soit élevée réellement comme une fille sans aucune attitude d'intersexualité », rapporte le courrier d'un médecin à un de ses confrères. (...) Ils ont tout fait pour nous orienter vers une fille », se rappelle sa mère. Difficile de parler d'un consentement éclairé, pour un choix aux terribles conséquences sur M., qui a subi cinq interventions chirurgicales lourdes entre 1980 et 1993, devra suivre des traitements toute sa vie et ne pourra jamais avoir d'enfant. Et ce alors même que les médecins affirmaient qu'iel était en « parfaite santé ». Dès les premiers jours de sa vie, on lui injecte quantité d'hormones. Ce sont d'incessantes piqûres et injections, qui lui font prendre des kilos, lui donnent des boutons. Ses organes de reproduction sont opérés pour les faire ressembler à un sexe de fille. À l'âge d'un an, une première opération enlève une partie des organes sexuels. À 3 ans, tous les organes génitaux internes sont retirés et iel subit une clitoridoplastie, pour réduire la taille de ce qui peut être considéré comme un gland de clitoris développé ou un micropénis, sans aucune nécessité ni urgence médicale. Cette opération et les clitoridoplasties suivantes vont enlever à cet organe sexuel quasiment toute sensibilité et toute capacité à ressentir du plaisir. À 4 ans, c'est une vaginoplastie, pour former un vagin. « Qu'est-ce qu'on en a à foutre d'avoir un vagin à 4 ans ? », enrage M. Ces chirurgies lui laisseront de multiples cicatrices et des difficultés pour les rapports sexuels. À l'adolescence, on lui administrera de l'andocur, un traitement qui multiplie les risques de tumeur au cerveau. Les rendez-vous médicaux de son enfance ont laissé des traumatismes dans la mémoire de M. Dès l'âge de 4 ans, iel doit retourner régulièrement à l'hôpital pour des séances de *bougirage*, où on lui enfonce des instruments ressemblant à des bougies censées élargir son vagin. « Ils avaient des malles avec dix tailles de godes. Moi j'étais à poil, sous la chemise en papier d'hôpital, j'avais froid, je pleurais. Ils regardaient la taille du vagin, fallait tout le temps l'entretenir pour que je sois pénétrable... jusqu'à ce que j'aie mal », relate-t-iel en pleurant, bouleversé·e par le souvenir qui remonte à la surface. La raison de ces actes qu'iel qualifie d'actes de torture ne lui est même pas cachée : « Ils me disaient : « Quand t'auras un mari plus tard, il faut que le zizi du monsieur puisse rentrer ». À aucun moment les médecins n'envisagent une sexualité qui puisse s'épanouir autrement que par le prisme de la pénétration vaginale. Comme si tout était pensé non pour son futur plaisir à iel, mais pour celui de l'homme, forcément un homme, qui pourrait un jour l'accompagner. C'était tellement le truc hétéro patriarcal », lâche M., devenu·e militant·e féministe queer. Le summum de la douleur est atteint à 10 ou 11 ans, lorsque M. commence à faire des crises pour ne plus retourner à l'hôpital. Les médecins ne parviennent plus à lui administrer leurs « bougies ». M. se débat, traumatisé·e. Alors les praticiens demandent aux parents de M. de les lui administrer eux-mêmes, en allant acheter des « bougies » dans un sex-shop, autant dire des godemichets. Perdus, ses parents obtempèrent dans un premier temps. C'est sa mère qui s'y colle (...). À cause de ces non-dits et de ces traumatismes, M. devient un·e adolescent·e turbulent·e, une « bombe » selon ses propres mots. Iel fume du cannabis à 11

recherchée, en adéquation avec les normes sociales et juridiques en vigueur ; ils restent en souffrance tout au long de leur vie, contraints d'être ce qu'ils ne sont pas, obligés de suivre indéfiniment des traitements hormonaux, pour supporter l'identité sexuelle qui leur a été assignée, artificielle, fausse, irréversible, gravée dans le marbre.

Le chirurgien en pédiatrie Mika Venhola dénonce les interventions chirurgicales effectuées sur les personnes intersexes pendant l'enfance. Il déclare : « Pendant ma formation de chirurgie en pédiatrie, j'ai appris à réaliser ce type d'interventions "correctrices" à visée esthétique (...) mais, en effectuant ma première opération sur une personne intersexe pour ces raisons, j'ai pensé qu'il s'agissait d'une violation massive des droits de l'homme et tout particulièrement des droits de l'enfant (...). Les organes génitaux atypiques des bébés présentant des caractéristiques intersexes ne constituent pas un danger pour leur santé ; ce sont des raisons esthétiques ou sociales qui motivent les interventions chirurgicales précoces sur ces organes »¹⁶⁰⁶. Et il pose

ans, se met à dealer à 12 ans. « À 14 ans j'avais pris toutes les drogues possibles et imaginables », confie-t-iel. M. est viré·e dès le premier jour de sa 6^e, cumule les difficultés scolaires, les « conneries » qui l'emmènent au tribunal. Le bougirage a créé chez iel un rapport différent à la sexualité : « Très jeune, dès 10 ans, j'avais envie d'avoir des rapports sexuels pour savoir si mon vagin était valable », se souvient-iel (...). « Intersexualité » : le mot était pourtant bien présent dès le départ dans la bouche des médecins, comme l'atteste un courrier du 9 février 1978 d'un des professeurs qui s'occupent d'iel. Mais ce n'est qu'à 23 ans que M., après des années dans le flou, va pouvoir comprendre pleinement sa situation, à la suite de ce qui apparaît comme une troublante erreur d'aiguillage. À cette époque, M. tente d'obtenir une allocation auprès des Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH). Pour cela, iel doit rassembler des pièces. Mais partout les portes se ferment. On lui dit un jour que son dossier médical a brûlé, une autre fois qu'un dégât des eaux l'a emporté. Un autre CHU affirme qu'il a disparu. Son carnet de santé est vide, lui aussi. Et puis quelques mois plus tard, selon le récit de M., on sonne à sa porte. Une personne lui tend une enveloppe scellée, bizarrement adressée au médecin-conseil de la MDPH (...). M. a déposé plainte contre X en novembre 2015, notamment pour « violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente », « violences sexuelles » et pour « détérioration définitive des organes génitaux ». Sa plainte met l'accent sur l'absence de nécessité thérapeutique des chirurgies qu'iel a subies. C'est à ce jour, selon Benjamin Moron-Puech, spécialiste de la question intersexe en droit, la première plainte pénale au monde. La plainte de M. a été rejetée en raison du délai de prescription, qui était de dix ans au moment des faits à compter de la majorité (...). La demande de M. a été à nouveau rejetée le 6 mars 2018 par la Cour de cassation, et la bataille a désormais lieu au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme ». V. <http://www.slate.fr/story/175530/histoire-m-premiere-personne-intersexe-plainte-mutilations>

¹⁶⁰⁶ Bonobo3D, « Mika Venhola on intersex », 2013, <http://youtu.be/riNtxjntqZE>; Mika VENHOLA, Intersex : Ambiguous genitals or ambiguous medicine ? », 12^{ème} Symposium international sur le droit, l'autonomie génitale et les droits de l'homme, programme et ensemble des résumés, 2012, in « Droits de l'homme et personnes intersexes », Document thématique, Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, juin 2015.

une question toute rhétorique : « Pourquoi opérer le corps d'un enfant si le problème se situe dans la tête des adultes ? »¹⁶⁰⁷.

Le 19 septembre 2018, dans le cadre de la mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, le docteur Jean-Marie Faroudja, président de la section Éthique et Déontologie du Conseil national de l'Ordre des Médecins, auditionné à l'Assemblée Nationale expliquait que « s'agissant des enfants nés intersexe (...), il est urgent d'attendre. “Anomalies du développement génital“, “variation sexuelle“, “malformation des organes génitaux“, “anomalie de la différenciation sexuelle“, “désordre de la différenciation sexuelle“... Cette très riche terminologie traduit la difficulté à définir ce dont on parle. D'un point de vue médical (...) il est plutôt conseillé d'attendre que l'enfant atteigne la majorité, le temps pour lui de se construire sa propre identité plutôt que celle qu'auraient choisi pour lui ses parents. Ce sera tout l'art du médecin, ou plutôt des équipes spécialisées (...) de faire comprendre aux parents qu'il faut attendre, car il s'agira forcément d'une chirurgie mutilatrice et qu'il est bien d'attendre la majorité sexuelle de l'enfant pour avoir sa pleine adhésion. Il est vrai que, dans l'intervalle, il passera dix-huit années dans une situation ambiguë, avec des problèmes dramatiques, mais nous pensons qu'il est dangereux de provoquer une assignation irréversible. (...). Quant aux problèmes d'état civil qu'entraînent ces cas, c'est au législateur qu'il revient de les trancher »¹⁶⁰⁸.

La demande de reconnaissance d'un troisième sexe - stagnante et ajournée *sine die* en l'état actuel du droit français¹⁶⁰⁹ au prétexte de la cohérence du système de l'état civil et de

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ Mission d'information de la Conférence des présidents sur la révision de la loi relative à la bioéthique, Mercredi 19 septembre 2018, Séance de 16 heures 15 Compte rendu n° 13, Présidence de M. Xavier BRETON, président. Audition du Dr Jean-Marie Faroudja, président de la section Éthique et Déontologie du Conseil national de l'Ordre des Médecins et du Dr Anne-Marie Trarieux, conseillère nationale. V. <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr-bioethique/17-18/c1718013.asp>

¹⁶⁰⁹ Le 20 août 2015, le TGI de Tours a battu en brèche le dogme de la binarité des sexes en ordonnant la rectification de l'état civil d'une personne née avec une ambiguïté sexuelle, par la substitution de la mention « sexe masculin » par celle de « sexe neutre ». Il a reconnu que le sexe assigné au demandeur était une pure fiction, et voyait même dans le fait que le demandeur se soit vu imposer un tel sexe, sans avoir pu au cours de sa vie exprimer son sentiment, une violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En reconnaissant un « troisième sexe », le tribunal estimait ne pas contrevenir à l'ordre public, mais reconnaître l'impossibilité de rattacher l'intéressé à l'une des deux catégories de sexes existantes. Cette décision qui tendait vers une évolution de la compatibilité du droit français avec le droit européen, s'est heurtée à

l'inflexibilité du dogme de la binarité des sexes - révèle la profondeur et l'intensité du trouble qui est engendré quand l'ordre établi est ébranlé par des revendications sociales, juridiques et politiques, et surtout quand on touche à l'opposition mâle-femelle : c'est toute l'architecture d'une pensée, toute l'histoire d'une humanité avec ses mythes et ses productions culturelles qui se trouve bouleversée, alors même que la psychanalyse possède tous les outils pour éclairer, interpréter, et finalement participer à la réjouissance du décloisonnement entre les sexes¹⁶¹⁰.

Il existe par ailleurs déjà dans le langage courant un large éventail de termes - non encore homologués par l'Académie française - pour commencer à distinguer les nuances des identités sexuelles¹⁶¹¹, comme si on découvrait progressivement une palette infinie de couleurs entre le noir et le blanc, une palette abondante qui déconstruit le mythe de la binarité des sexes et des genres.

Sans crainte de mettre en péril leur ordre juridique, et encore moins « l'ordre de la nature », différents pays ont reconnu l'existence d'un « troisième sexe » pour sortir de la binarité homme/femme, soit dans le cas de nouveaux nés intersexués, soit pour protéger le sentiment d'identité de genre de personnes adultes. Dans tous ces cas de figure, les terminologies varient, les juges et les législateurs se réfèrent au genre ou au sexe. En Allemagne, depuis le 1er novembre 2013, il est possible d'inscrire sur l'acte de naissance d'un enfant sa non-

l'inflexibilité du paradigme de la binarité des sexes consacrée par les textes juridiques, tout autant que par l'absence d'une volonté jurisprudentielle réelle de franchir le cap de la dualité sexuelle : le parquet, a fait appel d'une décision qu'il estime relever d'un « débat de société générant la reconnaissance d'un troisième genre ». L'arrêt n° 01/12345 du 22 mars 2016 rendu par la Cour d'appel d'Orléans a infirmé le jugement de première instance. L'« enjeu principal » affiché était de trouver un soi-disant juste équilibre entre, d'une part, le droit de toute personne au respect de son identité sexuelle et de sa vie privée, et d'autre part, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ainsi que l'exigence de la prétendue fiabilité du système de l'état civil. Quant à la Cour de cassation, sa première chambre civile a décrété le 4 mai 2017 que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin », ajoutant que « cette binarité (...) est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur », *in* Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17189. Et la Cour, en approuvant la solution de la cour d'appel a estimé que « l'atteinte au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ».

¹⁶¹⁰ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre Sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?* Kero, Le Livre de Poche, 2012, p. 7.

¹⁶¹¹ « Bigenre, intergenre, genderfluid, agenre, neutrois, pangendre, androgyne, demi-boy ou demi-fille ; et autant de pronoms qui fleurissent pour sortir de l'alternative « il » et « elle » : « ul », « ol », « iel », « ille », etc.

détermination sexuelle¹⁶¹². L'Inde¹⁶¹³, la Malaisie, le Népal et la Thaïlande reconnaissent l'existence d'un troisième sexe et permettent la mention de « sexe neutre ou « indéterminé », ou encore « autre ». La Haute cour de justice australienne a décidé le 2 avril 2014 qu'une personne pouvait être légalement de « genre neutre » : elle « reconnaît qu'une personne peut n'être ni de sexe masculin ni de sexe féminin et autorise donc l'enregistrement d'une personne comme étant d'un genre « non spécifique ». Au Canada, la lettre X remplace les lettres F ou M sur les cartes d'identité des personnes qui ne s'identifient pas au sexe féminin ou masculin. La Suisse ne reconnaît actuellement que deux sexes, mais la Commission nationale d'éthique demande de ne prendre aucune décision médicale avant que l'enfant soit en âge de choisir sa détermination sexuelle et propose de faciliter les démarches administratives auprès de l'état civil pour permettre à un enfant né intersexué de changer de sexe¹⁶¹⁴. Le droit comparé nous montre que le système cardinal d'assignation du sexe sur un mode binaire n'est pas une nécessité.

Par-delà cette reconnaissance, la question qui se profile est celle de la légitimité et de l'opportunité d'une identification juridique par le sexe¹⁶¹⁵, cet élément représentant avant tout

¹⁶¹² La loi du 7 mai 2013 a modifié la *Loi sur le statut personnel* dont l'article 22 alinéa 3 indique que lorsque le sexe d'une personne ne peut pas être déterminé, aucune mention de sexe ne doit être indiquée, il s'agit donc la reconnaissance d'une identité sexuelle non binaire.

¹⁶¹³ La Cour suprême indienne quant à elle, a reconnu l'existence d'un troisième genre, les droits garantis par la constitution impliquant un droit à l'autodétermination de son identité masculine, féminine ou de « troisième genre » (15 avril 2014, *National Legal Services Authority v. Union of India*, WP (civil) n°604 of 2013). Le juge Radhakrishnan a affirmé que « Le genre (...) constitue un élément essentiel du sentiment d'être et une part intégrante de l'identité d'une personne. La reconnaissance légale de l'identité de genre est, de ce fait, partie prenante du droit à la dignité et à la liberté, garanti par notre Constitution » (§68). Elle a indiqué que l'art. 21 de la Constitution indienne « protège le droit des individus à l'autodétermination du genre auquel il appartient. La détermination du genre auquel une personne appartient doit être décidée par la personne concernée ». Les formulaires de l'état civil proposent la mention « autre » à côté de « féminin » et « masculin. »

¹⁶¹⁴ Toute démarche irréversible sur les nourrissons nés intersexués est interdite, les opérations chirurgicales pour réparer ou créer des organes génitaux ne sont autorisées qu'à partir de 18 ans.

¹⁶¹⁵ Rémy Libchaber écrit en 2016 : « L'identité sexuelle est-elle nécessaire à l'identification de la personne ? L'habitude est si bien ancrée de ranger les individus dans l'un des groupes sexuels éprouvés que nous oublions qu'elle est récente : à l'époque où l'état civil était tenu par le clergé, la désignation du sexe n'était pas requise. La règle n'est apparue qu'avec la laïcisation de l'état civil par le décret du 20 septembre 1792. Il faut néanmoins reconnaître que cette mention est désormais à peu près dénuée de portée juridique. Depuis, la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 portant mariage pour tous, les singularités liées au sexe ont toutes été abolies en droit français, au point que la mention ne subsiste plus qu'à la façon d'une sorte de signe particulier de l'individu », in Rémy LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

un élément fondamental de la vie privée. Les nouvelles formes de reconnaissance biométrique permettent en effet d'identifier et d'individualiser les personnes sans qu'une quelconque classification sexuelle ne soit plus nécessaire. Alors pourquoi ne pas faire disparaître la mention de sexe sur les actes d'état civil¹⁶¹⁶ comme partition inexorable de l'humanité, puisqu'elle présuppose de figer une réalité biologique initiale qui enferme les individus, et rend pérenne une manière d'identification obligatoire, discriminatoire, actuellement particulièrement violente et stigmatisante à l'égard des intersexes, et qui heurte aussi toutes les personnes qui ne se reconnaissent pas dans leur sexe prescrit à la naissance¹⁶¹⁷ ? Après tout, « en quoi cela regarde-t-il l'État que l'on soit homme ou femme, ou ni l'un ni l'autre ? »¹⁶¹⁸, alors qu'en l'absence de la mention de sexe, il pourrait juridiquement accueillir la réalité d'une manière qui tiendrait du « à la fois », « en même temps », ou « qui entre en alternance » ou encore « ni l'un ni l'autre » ; une attitude qui ne serait pas impérativement inhérente au masculin *ou* au féminin, mais inscrite dans ces dimensions confondues¹⁶¹⁹. Est-ce parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques¹⁶²⁰, alors que l'on sait que ces catégories

¹⁶¹⁶ Laurence Hérault, dans la conclusion générale de son rapport *État civil de demain et transidentité*, écrit que « le basculement d'un système d'assignation du sexe à un système d'affirmation du genre, manifesté notamment par le principe d'auto-détermination invite ainsi à repenser la nécessité de l'inscription d'un sexe à la naissance. Pourquoi inscrire un sexe dès la naissance, à un âge où l'individu n'a pas encore manifesté son identité de genre, si ce qui importe c'est le genre de l'individu et non son sexe biologique ? Par ailleurs, il convient de se demander si les arrêts de la Cour européenne des droits humains ayant interdit la mention de la religion sur les actes de l'état civil n'interdiraient pas également l'inscription obligatoire d'un sexe, motif pris que le sexe comme la religion relèvent de la vie privée et que l'État n'a pas à les connaître sans but légitime », in Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁶¹⁷ On peut penser que la suppression de toute mention de sexe à l'état civil serait plus souhaitable que l'ajout de la mention de « sexe neutre », qui ouvrirait probablement la porte à une augmentation des discriminations en raison de phénomènes de rejet et de stigmatisation vis-à-vis des personnes intersexes. Par ailleurs, l'ajout d'une troisième catégorie irait encore dans le sens de l'idée essentialiste selon laquelle l'état civil devrait être un répertoire anatomique. Selon Thierry Hoquet, la suppression de toute mention de sexe aurait également l'intérêt de permettre de trancher le lien entre l'état civil et la biologie, in Thierry HOQUET, *Des sexes innombrables. Le genre à l'épreuve de la biologie*, Le Seuil, Science ouverte, 2016, 256 p.

¹⁶¹⁸ Daniel BORRILLO, « Mettons fin à la catégorie du sexe », in *Libération*, 21 octobre 2015.

¹⁶¹⁹ C'est le « first being » de Winnicott, une aptitude de l'esprit qui fonde notre vie psychique : une sensation d'être et rien d'autre, à la base de la découverte de soi et du sentiment d'exister », in Alain BRACONNIER, Bernard GOLSE, *Winnicott et la création humaine*, Érès, Le Carnet Psy, 2012, 315 p.

¹⁶²⁰ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), Thémis, 2008, p. 673.

sont non exhaustives, poreuses, et que l'identification par le sexe binaire obère purement et simplement ceux qui sont hors normes ?

Si juridiquement il n'y a encore que deux sexes, le prisme du concept de genre redéfinit le sexe, depuis une notion strictement biologique vers une notion sociopolitique d'autant plus importante que nombre de règles juridiques apparemment fondées sur le sexe, sont en réalité plutôt fondées sur le genre au sens de sexe social¹⁶²¹. Le genre renouvelle considérablement le regard que l'on peut porter sur l'identité sexuelle¹⁶²² ; et le masculin et le féminin se prolongent dans une myriade de figures¹⁶²³, tel un continuum infini, affranchi de toute idée de naturalité des corps¹⁶²⁴. Le moins que l'on puisse dire est que nous hébergeons une multitude de genres¹⁶²⁵.

¹⁶²¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, pp. 11-12.

¹⁶²² D'autant plus que les variations des caractéristiques sexuelles ne sont pas assimilables à l'identité de genre.

¹⁶²³ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶²⁴ Ainsi que le montrent les travaux de biologistes comme Hélène Rouch, Ilana Löwy, Joëlle Wiels, Évelyne Peyre en France, mais aussi Evelyn Fox Keller et Sandra Harding, entre autres, aux États-Unis.

¹⁶²⁵ Le réseau social Facebook propose 54 nuances de genre pour personnaliser son « profil » (au lieu de 2 comme autrefois : homme/femme), en Espagne, en Allemagne, en Angleterre et aux États-Unis et en Argentine. Les dénominations proposées (*agender, androgyne, trans, neither, male to female, non-binary, intersex, genderqueer, gender questioning, gender nonconforming, none, bigender*, etc.) étaient autrefois injurieuses, mais sont devenues des termes choisis comme référents identitaires. Le PDG de Facebook situe cette évolution comme témoignage de l'engagement de sa société à « connecter les gens avec leurs véritables identités ».

Section II

L'usure de la binarité par le genre

« On ne naît pas femme, on le devient (...). Seule la médiation d'autrui peut constituer un individu comme un Autre. En tant qu'il existe pour soi, l'enfant ne saurait se saisir comme sexuellement différencié »¹⁶²⁶.

Simone de Beauvoir

On ne naît pas davantage homme, ni même fille ou garçon, pourrait-on ajouter à cette assertion de Simone de Beauvoir, alors que l'évidence semble, pour la plupart des enfants, s'imposer dès leur premier cri. Cette perspective anti-essentialiste, affirmée avec éclat il y a près de soixante-dix ans dans cette célèbre formule, a depuis fait l'objet de solides étayages académiques. Et la symbolique entourant la binarité des sexes, qui conduisait à en faire le foyer essentiel de toute normativité et imposait des grilles de comportements, s'étirole peu à peu. L'émergence de la notion de genre émousse en effet sensiblement l'idée d'une binarité radicale dont le bien-fondé est pris en tenaille entre les évolutions sociologiques, psychologiques, culturelles, médicales et juridiques. Pendant des siècles, la société humaine s'est organisée autour d'une architecture binaire qui semblait immuable - telle une boussole au fondement de toute pensée - celle des hommes et des femmes reconnaissables à leurs attributs sexuels, un pénis pour les uns, un vagin pour les autres. Cette différence biologique qui « sautait aux yeux » n'est plus au fondement de l'identité sexuelle, dont on a établi que la genèse était plus opaque, voire abstraite¹⁶²⁷ surgie de phénomènes de sexuation complexes, qui amènent à emprunter un « chemin de déprise »¹⁶²⁸ (I). La notion de genre a bousculé l'idée de détermination purement anatomique des sexes, car au-delà de l'emprise binaire du genre¹⁶²⁹ tous les corps sont concernés. Elle recouvre en effet

¹⁶²⁶ Simone de BEAUVOIR, *Le Deuxième sexe*, 1949, rééd. Gallimard, Folio Essais, 1986, 408 p.

¹⁶²⁷ Paul-Laurent ASSOUN, *Leçons psychanalytiques sur masculin et féminin*, Economica, Psychanalyse Poche, 2005, 112 p.

¹⁶²⁸ Irène THÉRY, *La distinction de sexe, une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, 2007, p. 126.

¹⁶²⁹ Pour reprendre l'expression de l'ouvrage de Ilana LOWY, *L'emprise du genre*, La Dispute, 2006, 244 p.

de multiples éléments de sexuation à travers des acceptions étroitement liées, dont l'une désigne la distinction masculin/féminin telle qu'elle apparaît dans les mœurs, les rôles, les statuts, l'organisation de la vie sociale¹⁶³⁰, et dont l'autre procède d'une théorie de l'individu, de son identité, de ses pensées conscientes et inconscientes, de ses identifications avec ce que ce concept emporte comme multiplicité de figures. Ensemble elles réalisent une modalité des relations humaines redéfinies de manière tout à fait singulière pour chacun, par les désirs, les capacités, les disponibilités, les aspirations, en lien avec une histoire et un contexte culturel (II).

I. Un glissement du sexe à la sexuation

Tout le masculin n'est pas dans l'homme, tout l'homme n'est pas dans le mâle, pas plus que le féminin n'est l'apanage exclusif de la femme, qui n'est pas qu'une femelle¹⁶³¹.

Serge-Samuel Hefez

Bien au-delà du sexe, l'identité sexuelle se construit par un processus de sexuation¹⁶³² - c'est-à-dire par l'assimilation d'une large palette de principes sexuants - des individus immergés dans une matrice séculaire de repères binaires, eux-mêmes enracinés dans des schémas culturels très anciens, construits comme des marqueurs empreints de signification. La norme de la binarité des sexes est devenue l'alibi de la binarité des genres¹⁶³³ (A), mais la désessentialisation des sexes a remis en cause à la fois cet ordre « naturel » des sexes et celui des rôles sexués (B).

A. La binarité des sexes, alibi de la binarité des genres

Stéphanie Hennette-Vaucheze indique qu'« il faudrait avoir vécu en ermite au cours des dernières années pour ne pas avoir remarqué, avec curiosité, intérêt ou méfiance, l'intense

¹⁶³⁰ Et l'on sait à quel point ces distinctions peuvent varier selon les époques et les pays, et pour ainsi dire les régions ou même les villes et les quartiers.

¹⁶³¹ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., p. 23.

¹⁶³² Michèle PAGÈS, « Corporités sexuées, jeux et enjeux », in Thierry BLÖSS (dir.), *La dialectique des rapports hommes-femmes*, PUF, 2001, pp. 219-238.

¹⁶³³ Chaque individu serait construit par deux grandes propriétés, son sexe et son genre, in Irène THÉRY, « Pour une anthropologie comparative de la distinction de sexe », in Irène Théry, Pascale Bonnemère (dir.), *Ce que le genre fait aux personnes*, Éditions EHESS (Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales), 2008, 319 p.

bouillonnement - intellectuel, médiatique, politique - autour de la notion de genre »¹⁶³⁴. Le genre véhicule un ensemble de représentations investies d'une symbolique puissante, imposé comme « le » discours référentiel légitime qui décrit et régit la réalité des sexes, telle que la Nature l'aurait établie, ainsi que l'Église l'a confirmée, et puis les Sciences, et même la Psychanalyse¹⁶³⁵. Revêtue d'une forme d'autorité, d'incontestabilité, du fait de son origine religieuse qui lui a donné la cohérence d'une raison morale transcendante, sans que la laïcisation ne la débarrasse de cette gangue, la binarité de genre évoque irrésistiblement l'idée d'un système habilitateur, prescriptif, quant à des modèles de comportements « idéalisés »¹⁶³⁶, des

¹⁶³⁴ C'est dans ce contexte effervescent que fut lancé le programme de recherches REGINE (Recherches et Études sur le Genre et les Inégalités dans les Normes en Europe), porté par des universitaires juristes, in Stéphanie HENNETTE - VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN (dir.), *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, p.1. Dans l'introduction de cet ouvrage, sont citées quelques contributions récentes et utiles : Laure BERENI, Mathieu TRACHMAN, *Le genre, théories modernes et controverses*, PUF/ La vie des idées, 2014 ; Laurie LAUFER, Florence ROCHEFORT (dir.), *Qu'est-ce que le genre ?* Payot, 2004.

¹⁶³⁵ Serge-Samuel Hefez écrit cependant que « Si l'on conçoit que toutes les théories, même les plus brillantes finissent par vieillir, on voit que la psychanalyse n'est pas épargnée, certaines de ses thèses peuvent devenir obsolètes, et l'essence même de la psychanalyse, tournée à la fois vers la désaliénation et la reconnaissance de notre assujettissement en grande partie autour des questions de genre, est d'être de son temps », in Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., pp. 52-53.

¹⁶³⁶ Révélatrice en ce sens est la décision rendue par la Cour de cassation réunie en assemblée plénière le 11 décembre 1992 à propos de la demande de changement de la mention du sexe à l'état civil pour une personne transsexuelle : la Cour dit que « Lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence » (Cass. plén. 11 décembre 1992, n° 91-12373, *Bull. plén.* N° 13, in Henri Capitant, François Terré, et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2007, t. 1, n°26, p. 186 et s.). Ainsi, la Cour, en exigeant un « comportement social » en adéquation avec le sexe requis, pose clairement que les hommes n'adoptent pas le même comportement social que les femmes ; en cela elle participe de la distinction des hommes et des femmes en se référant à des vécus et des modes de vie différents. Cet attachement de la Cour, dans sa formation la plus prestigieuse, à la binarité de genre peut être interprétée comme un attachement du droit français à la sexuation du sujet de droit, et la loi du 18 novembre 2016 venue notamment assouplir les conditions du changement de sexe à l'état civil, marque cet attachement de façon tout aussi explicite : La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, précise dans l'art. 61-5 du Code civil que : « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ». Selon cet article, ne personne souhaitant un changement de la mention de son sexe à l'état civil doit se présenter publiquement et être connue comme appartenant au sexe revendiqué par son entourage familial, amical ou professionnel.

comportements en adéquation avec le sexe juridiquement reconnu. Cette binarité est à la fois un élément fondateur de la charpente sociale, et un dispositif de contrôle¹⁶³⁷ et de normalisation qui confère un statut intelligible, rationnel, structuré, aux membres de la société. Elle renvoie à une construction du réel ; une construction qui condense et polarise des images, tout en

C'est-à-dire se conformer à des normes comportementales genrées masculines ou féminines. Mais quel pourrait alors bien signifier que se « comporter comme appartenant au sexe revendiqué » dans le cas de personnes intersexes ?

¹⁶³⁷ Édifiante est l'histoire du mariage interdit de Rueil-Malmaison, paradigmatique de la légèreté avec laquelle le pouvoir produit des citoyens de seconde zone : deux fiancés, Camille Barré, transsexuelle ayant subi une opération de changement de sexe qui avait transformé son appareil génital masculin en féminin, et Benito Martin Léon, transgenre homme non opéré, travesti en femme, de 30 ans se faisant appeler Monica, quand ils voulurent se marier en 2005. La loi du 17 mai 2013 consacrant le mariage pour les personnes de même sexe n'existait pas encore, mais les deux membres du couple étant de sexes différents, leur union n'aurait donc pas du poser de problème puisque l'officier d'état civil était tenu à l'époque de s'en tenir aux sexes mentionnés sur les actes d'état civil, ce qui permettait à une personne transsexuelle de se marier (TGI Paris, 13 déc. 1983, et Paris, 17 févr. 1984, Dalloz 1984, 350, note Michèle-Laure Rassat, *RTDCiv.* 1985, 135, obs. Jacqueline Rubellin-Devichi). À la demande du maire de Rueil Malmaison, le procureur de la République s'opposa à leur mariage, estimant que le but recherché n'était pas de se comporter comme mari et femme. Les futurs conjoints se présentaient tous deux habillés en femmes, et cela suffisait à rendre leur consentement suspect du fait d'une absence de désir hétérosexuel. Le procureur était réticent à la jurisprudence de la Cour de cassation, il argue que « même si les demandeurs justifient par des actes d'état civil qu'ils sont de sexes différents (...), même si la formule chromosomique de Mme Barré reste inchangée (...), il apparaît qu'en l'espèce, les intéressés entendent s'unir par le mariage en tant que femmes ». Avant 1992 et la condamnation de la France par la CEDH, Camille Barré n'aurait pu obtenir le changement de son état civil et aurait été considérée comme un homme, le procureur aurait donc pu s'opposer au mariage de façon frontale, sûr de son argumentation. Mais ce qui le gêne véritablement en l'espèce, ce n'est pas que Camille soit une femme, mais qu'elle désire une personne d'apparence féminine. Or, Benito Martin Léon, dit Monica, s'habille en femme, revendique un prénom féminin, et ces faits ne sauraient rendre son consentement au mariage suspect, d'autant plus que ce qui relève du droit en 2005, c'est le sexe, et non le genre. Or il faut bien se souvenir que le mariage est « le » contrat *intuitu personae* par excellence pour lequel le genre n'est relevant que pour les parties. Le TGI de Nanterre confirmera cependant l'opposition au mariage, alors que l'intention de respecter le « devoir conjugal », et l'*affectio maritalis* apparaissent incontestables. Ce qui heurte le tribunal qui s'abrite derrière la théorie de la simulation, même si cela n'apparaît pas explicitement, c'est la *manière* dont les requérants ont l'intention d'exécuter leur « devoir conjugal » ; les juges opèrent un glissement conceptuel des sexes au genre, qualifiant le mariage revendiqué d'union homosexuelle et d'acte simulé, la démarche des requérants étant interprétée avant tout comme un acte militant. Ce qui embarrasse, c'est que Benito Martin Léon désire une femme non pas en tant qu'homme lui-même, mais en tant que femme (« Force est en l'occurrence de constater que Monsieur Benito Martin Léon, quelles que soient les circonstances, revendique sa féminité, arbore l'apparence d'une femme, signe avec le prénom de Monica qu'il s'est attribué », TGI Nanterre 10 juin 2005). Conscients de la difficulté d'explicitement la différence de genre comme condition *sine qua non* du mariage, les juges de la Cour d'appel de Versailles confirmèrent l'opposition au mariage en se fondant eux aussi sur la théorie de la simulation, tout en condamnant le mariage homosexuel « qu'en réalité les appelants entendent (...) s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre à la prohibition actuelle du mariage entre personnes de mêmes sexes » et « qu'une telle intention équivaut à un défaut de consentement », CA Versailles 1^{ère} ch. 8 juillet 2005). Les parties n'ayant pas formé de pourvoi en cassation, la décision de la Cour d'appel devint définitive.

orientant la consistance de toutes nos perceptions¹⁶³⁸. La différence entre les anatomies¹⁶³⁹, entre leurs fonctionnements, interviendrait ainsi comme justification *a posteriori* par le recours à la nature, de la différence sociale des genres¹⁶⁴⁰.

Le concept de genre né dans les années 50¹⁶⁴¹, dans la sphère de la psychologie et de la psychiatrie, avec la clinique des transsexuels et des intersexuels, a été rapidement approprié par

¹⁶³⁸ Les juges du fond ont par exemple « naturellement » et largement tendance à accorder la résidence habituelle des jeunes enfants chez leur mère. Pour une illustration dans un contexte particulier (v. Lyon, 28 juin 2010, AJ famille 2010, 490, obs. Caroline Siffrein-Blanc) décrit par Marc Pichard (*in* Marc PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo) », *in* *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, p. 278) : un homme et une femme, chacun engagé dans une relation de couple avec une personne de son sexe, conçoivent un enfant ayant vocation à être élevé au sein des deux couples de personnes de même sexe. Alors que l'enfant est âgé de quatre mois, le juge aux affaires familiales saisi se prononce pour une résidence alternée. Appel est interjeté par la mère. La décision est réformée : « il apparaît (...) justifié de mettre fin à la résidence alternée qui n'est pas adaptée au très jeune âge de l'enfant et qui a provoqué chez l'enfant des symptômes de mal-être à prendre suffisamment au sérieux (...). Il convient donc de fixer la résidence principale de l'enfant chez sa mère, et d'organiser des séjours courts et fréquents chez son père ». Il faut noter que le fait même que la première décision ait été réformée établit qu'il n'existe pas de position univoque des juges du fond à ce propos. Si cette pratique peut être comprise, en termes de choix des juges, comme un confinement des mères à la petite enfance, guidé par une « conception essentialiste », il faut relever que les pères réclament moins de s'occuper pleinement de leurs enfants en bas âge, et que les décisions prises consistent souvent en homologations d'accords parentaux. Accords que le droit positif favorise généralement, les juges prenant comme considération première l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des engagements internationaux pris par la France au premier rang desquels la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'art. 3.1 dispose que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

¹⁶³⁹ De l'antiquité au 18^{ème} siècle, le corps humain était représenté sans réelle distinction de sexe, la seule différence était l'emplacement des organes sexuels pensés comme identiques, ceux de la femme à l'intérieur, ceux de l'homme à l'extérieur. Les différences anatomiques n'ont été entérinées qu'à partir du siècle des lumières. L'historien Thomas Laqueur explique que c'est l'idéologie, et non l'exactitude de l'observation, qui a déterminé la vision qu'on avait des hommes et des femmes, et des différences qui comptaient, *in* Thomas LAQUEUR, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Folio, Essais, 2013, 576 p. Le corps de l'homme a longtemps représenté la perfection, alors que celui de la femme était une version ratée, manquant de la chaleur nécessaire pour se développer entièrement, et surtout pour assurer le développement extérieur du merveilleux, parfait, divin pénis qui produit la semence vitale. Ce que confirme plus sobrement l'Ancien Testament : Dieu fabrique Eve à partir du corps d'Adam, et non l'inverse.

¹⁶⁴⁰ V. Françoise HÉRITIER, *Masculin, féminin : la pensée de la différence*, Odile Jacob, Sciences Humaines, 1995, 332 p. ; Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Points, Points essais, 2014, 192 p.

¹⁶⁴¹ A l'étranger, depuis désormais quasiment un demi-siècle, la perspective de genre est ancrée dans le paysage académique, souvent sous l'influence de travaux français, comme ceux d'auteurs française telles que Simone de Beauvoir, Luce Irigaray ou Christine Delphy : v. Laure BERENI *et al.* (dir.), *Introduction aux études sur le genre*, 2^{ème} éd., Ouvertures politiques, de Boeck, 2012, 358 p.

les mouvements féministes et LGBT+¹⁶⁴². Il a pris tout son sens dans le champ des *gender studies*¹⁶⁴³, dans les années 60, pour désigner l'écart entre le sexe anatomique et ce qui a d'abord été nommé les « rôles de genre », puis « l'identité de genre », ce qui explique la forte connexion qu'il a inférée entre savoirs académiques et mouvements sociaux. Le genre est apparu corrélatif d'une acception non pas systémique mais structurale, comme source de la différence entre les sexes, et en lien avec le fait que les sociétés ressentent cette différence des sexes comme élément d'identification fondamental.

Peu à peu, le concept de genre - et surtout les transformations qu'il génère - acquiert droit de cité. Mais le droit, entre autres disciplines, garde encore certaines distances, et l'on conçoit qu'une approche du genre n'est possible qu'au prix d'un travail de dévoilement, d'un recours

¹⁶⁴² Lesbiennes, Gays, Bisexuel(le)s, Transgenres. Le sigle + inclut les autres identités de sexe (queer, intersexes, asexuels, etc.). Le 28 juin 1969, et pendant quatre nuits d'affilée, pour la première fois, aux États Unis, des personnes LGBT se sont révoltées contre les discriminations et les violences dont elles étaient victimes. À l'époque, elles étaient fichées : certains emplois leur étaient refusés, elles n'étaient pas les bienvenues dans les lieux publics, etc. Une solidarité s'est mise en place pour demander l'égalité, pour avoir accès aux mêmes institutions que tout le monde. Les émeutes de Stonewall, suite à une descente de police dans un bar fréquenté par des femmes trans et lesbiennes, et des personnes intersexes, ont à l'époque brisé les tabous, et ont été à l'origine de la première *Gay Pride* l'année suivante. Cinquante ans plus tard, les violences physiques et psychiques, les discriminations liées à l'identité sexuelle sont toujours prégnantes ; en France, 7/10 des personnes LGBT mettent en place des stratégies de discrétion pour se mettre un peu « à l'abri » et vivre à peu près « normalement », v. <https://www.ifop.com/publication/observatoire-des-lgbtphobies-le-regard-des-francais-sur-lhomosexualite-et-la-place-des-lgbt-dans-la-societe/>

¹⁶⁴³ L'opposition entre sexe et genre a été élaborée dans les années soixante par des psychologues et des psychanalystes, puis par des sociologues et des anthropologues. En matière de genre, opposer le corps et la pensée, la nature et la culture, pose davantage de problème qu'il n'en résout. Les études sur le genre ont permis de mettre en évidence les représentations naturalisées et naturalisantes de la différence des sexes fondées sur un « travail collectif de socialisation du biologique et de biologisation du social », in Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, op. cit., p. 14. Il faut noter que les *gender studies* ont dès le départ usé de la notion de genre comme d'un outil de critique des normes, alors que John Money, à l'origine de la distinction sexe/genre, et Robert Stoller de l'opposition genre/sexualité, ont travaillé dans le sens d'une mise en conformité du sexe et du genre ; in Éric FASSIN, « L'empire du genre. L'histoire politique ambiguë d'un outil conceptuel », in *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, pp. 375-392.

à des méthodes de raisonnement renouvelées¹⁶⁴⁴ loin des stéréotypes¹⁶⁴⁵, d'un mode de pensée plus critique¹⁶⁴⁶ que dogmatique, au regard de la structure même de la règle de droit, dont les effets à la fois constitutifs et inclusifs¹⁶⁴⁷, mais aussi exclusifs, créent du « hors droit », en rejetant implicitement ce qui ne correspond pas aux traditionnels marqueurs sur lesquels elle s'appuie¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁴ Longtemps, une certaine « nomenclature sexuelle » a déterminé les rapports juridiques et sociaux du sexe, les prototypes de la masculinité et de la féminité rattachant des caractéristiques à chaque genre, avec un écho assourdissant dans le monde du travail, certaines professions ayant été longtemps refusées aux femmes, notamment celles qui permettent des prises de décisions, et donc d'organisation de mutations sociales, in Sylvie SCHWEITZER, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIXème et XXème siècles*, Odile Jacob, 2002, 329 p. La même conception a guidé la jurisprudence qui, par exemple, en matière de divorce, donne encore le plus souvent la garde des enfants en bas âge à la mère. On remarque bien sûr de nombreuses avancées en matière d'égalité des droits, sans plus d'impact à connotation sexuée, comme entre autres la métamorphose de l'ancien art. 1112 du code civil, qui traitait de la violence comme vice du consentement, et évoquait le sexe, et donc les préjugés de genre, comme critère d'appréciation de cause ou d'effet de cette violence : « Il y a violence lorsqu'elle est nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Depuis la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, l'art. 1112 est devenu l'art. 1142, qui dispose plus succinctement que « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ». L'art. 1143 le complète : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

¹⁶⁴⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la Russie alors qu'elle refusait un congé parental de trois ans à un père au motif de son sexe : la Cour énonce que « (...) la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental (...). Les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent les stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle », in CEDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. / Russie*, § 143.

¹⁶⁴⁶ Michel MIAILLE, dans son article « La critique du droit » (in *Revue droits et sociétés*, n° 20-21, 1992, p. 76), indique que « La pensée critique est celle qui ne se satisfait pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir, mais qui postule que la Réalité est plus que l'expérience immédiate que nous pouvons en avoir. C'est cette absence qui doit être rendue présente ». Si en droit, l'expérience immédiate qu'évoque Michel Miaille est en rapport avec l'égalité et l'objectivité, elle masque souvent des considérations de sexe et de genre notamment « produites par la collectivité savante ».

¹⁶⁴⁷ La règle de droit permet à ceux qu'elle nomme d'exister. A propos du pouvoir de « faire exister un groupe en le nommant », v. Bernard LACROIX, « Les fonctions symboliques des constitutions, in Jean-Louis Seurin (dir.), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, pp. 190-191.

¹⁶⁴⁸ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir / Agir*, Éditions du Croquant, 2012, p. 53b.

S'intéresser à la question du genre, quels que soient les champs disciplinaires concernés, conduit donc à observer les conditions de construction de l'identité sexuée, et, par la même occasion, à mettre au jour un entrelacs de relations de domination : non seulement la conception strictement binaire du genre nie l'indétermination, mais elle naturalise une emprise. Pas besoin d'être un fin observateur pour relever une constante dans l'histoire de l'humanité : les relations de genre ont toujours été des relations de pouvoir, hiérarchisées et organisées sur un modèle unique, celui de la supériorité de l'homme sur la femme¹⁶⁴⁹. Le corps de l'homme a longtemps représenté la perfection, alors que celui de la femme était une version ratée de l'être humain, manquant de la chaleur nécessaire pour se développer entièrement, et surtout pour assurer le développement extérieur du merveilleux, parfait, divin pénis qui produit la semence vitale¹⁶⁵⁰. Ce que confirme plus sobrement l'Ancien Testament : Dieu fabrique Eve à partir du corps d'Adam, et non l'inverse.

Voilà qui conduit à penser que la théorie n'est pas simplement *theoria*, au sens de contemplation désengagée, elle est pleinement politique¹⁶⁵¹, et on peut estimer que le genre, en tant que construction sociale de la différence des sexes, est une façon première de signifier des rapports de pouvoir¹⁶⁵². Le genre est l'effet des normes que crée ce système, il n'est pas une essence qui se révélerait « naturellement » dans nos pratiques. En tant que sujets, nous sommes assujettis, nous sommes dépendants du pouvoir, nous sommes même constitués par le pouvoir : notre existence découle d'une domination que nous intériorisons¹⁶⁵³. Intérieurement gouvernés par une domination implicite, celle de l'ordre des sexes, notre habitus sexuel n'a pas même pas

¹⁶⁴⁹ L'anthropologue Françoise Héritier relève que les questions de genre, et celle de prédominances des hommes sur les femmes, prennent corps dans une impérieuse pulsion de transmission, spécifique aux sociétés humaines, à l'origine d'un désir de construction : les hommes assujettis au corps des femmes pour avoir une descendance, rendent cet assujettissement supportable en les soumettant pour inverser le rapport de force, in Françoise HÉRITIER, *Masculin/Féminin, la pensée de la différence*, Odile Jacob, Poche Essais, Sciences humaines, 2012, 326 p.

¹⁶⁵⁰ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., p. 77.

¹⁶⁵¹ « Imitation and gender Insubordination », d'abord publié dans *Inside/out. Lesbian Theories, Gay Theories*, Diana FUSS (dir.), Routledge, New York et Londres, 1991, pp. 14-15 (citation reprise dans Sara SALIH avec Judith BUTLER, *The Judith Butler Reader*, Blackwell, Oxford et Malden, Mass., 2004, p. 121). En français, « Imitation et insubordination du genre », in *Marché du sexe* (entretien de Judith BUTLER avec Gayle RUBIN), Epel, 2001, p. 145.

¹⁶⁵² Joan SCOTT, « Le genre, une catégorie utile d'analyse historique », in *Les cahiers du GRIF*, printemps 1988, pp. 125-153. Et aussi Joan SCOTT, « Le genre : une catégorie d'analyse toujours utile ? », *Diogenes*, vol. 225, n° 1, 2009, pp. 5-14.

¹⁶⁵³ Judith BUTLER, *La vie psychique du pouvoir*, Léo Scheer Éditions, Non & Non, 2002, 309 p.

besoin d'être conscient pour fonctionner. Nous sommes bien plus près de l'*habitus*¹⁶⁵⁴ selon Pierre Bourdieu, que de la liberté du sujet souverain : « le corps existe, mais il est le produit d'une histoire sociale incorporée »¹⁶⁵⁵. Il n'y a pas de naturel des gestes ou des sensations, l'ensemble des modalités corporelles prend un sens qui se réfère au groupe social où une personne s'insère, comme dans un immense tissu¹⁶⁵⁶.

Aujourd'hui, il s'agit de ne plus penser l'opposition entre sexe et genre sur le modèle de l'opposition entre nature et culture, car le sexe ne résulte pas moins que le genre d'une

¹⁶⁵⁴ L'*habitus* est selon Pierre Bourdieu le fait de se socialiser au sein d'un peuple, c'est un « système de dispositions réglées » qui permet aux individus d'être dans le monde en l'interprétant d'une façon à la fois propre et commune aux membres des catégories sociales dont ils font partie. Le rôle des socialisations primaire et secondaire (l'enfance, l'adolescence et l'âge adulte) est essentiel dans la structuration de l'*habitus*. Les individus élaborent un capital social, ils se rapprochent dans leurs styles de vie, et leur socialisation est assimilée de façon telle qu'il en résulte des grilles d'interprétation de leurs comportements, et de créer des *habitus de classes*. Les différentes socialisations vécues sont incorporées en fonction des classes auxquelles les individus appartiennent, et l'*habitus* devient une matrice des comportements individuels.

¹⁶⁵⁵ Éric Fassin (préf.), in Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, La découverte, Poche, 2006, p. 14.

¹⁶⁵⁶ David LE BRETON, *Corps et sociétés, Essai de sociologie et d'anthropologie du corps*, Méridiens Klincksieck, 1991, p. 47.

construction¹⁶⁵⁷ ; une construction qui n'est cependant pas une pure détermination¹⁶⁵⁸. Ce qui pose des problèmes juridiquement complexes, c'est la combinaison toujours précaire, jamais assurée, entre genre, sexe et sexualité¹⁶⁵⁹, c'est le jeu du raccordement imparfait entre ces plaques tectoniques normatives¹⁶⁶⁰ qui ostensiblement s'entrechoquent.

¹⁶⁵⁷ Thomas Laqueur montre que l'anatomie n'est pas seulement un destin, elle est également une histoire, puisque ce n'est au 18^{ème} siècle qu'avec l'essor de la biologie et de la médecine, le genre a pu être « sexualisé », alors que jusque-là, il était plutôt pensé en termes d'identité ontologique et culturelle, nettement plus que physique. Le genre va devenir une épistémologie qui donnera du sens à la différence des sexes : « L'Occident n'a cessé depuis les origines de s'interroger sur la différence des sexes. Mais parle-t-on de l'homme et de la femme que l'on n'a encore rien dit : se réfère-t-on au genre, définition culturelle par des qualités morales, affectives, sociales, ou au sexe, définition par des spécificités anatomiques ? Jamais, en effet, les deux notions ne se recouvrent (...). Dès l'Antiquité, Aristote, par la définition de l'ordre des êtres, et Galien, par la définition du corpus anatomique, fondent le modèle du sexe unique, qui sera dominant jusqu'au 18^{ème} siècle, et dans lequel le genre définit le sexe ». Thomas Laqueur poursuit : « Au 18^{ème} siècle émerge l'autre modèle de la différence sexuelle, le modèle des deux sexes, dans lequel, au contraire du premier, le sexe définit le genre : parce que, au niveau de l'anatomie comme de la physiologie, femmes et hommes sont incommensurablement différents, les genres définissent dès lors qualités, vertus et rôles selon des racines biologiques. Ces deux modèles coexistent dans le temps dès le 19^{ème} siècle, des auteurs posent l'irréductible différence anatomique, alors qu'au 20^{ème} siècle encore, Freud pense la sexualité selon le modèle du sexe unique car leur prégnance sur les esprits, si elle est liée à des évolutions générales, économiques, culturelles, sociales, ne peut en aucun cas être strictement expliquée par celles-ci ; et moins encore par les progrès de la connaissance anatomique, qui se moulent le plus souvent dans les représentations dictées par chacun de ces modèles », in Thomas LAQUEUR, *La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident*, Folio, Essais, 2013, 4^{ème} de couverture. Jean-Hugues Déchaux explique, au sujet du sexe unique qu'« homme et femme sont rangés le long d'un axe métaphysique dont le sommet de perfection est occupé par l'homme. Au plan anatomique les différences entre homme et femme sont reconnues pour être négligeables : les organes sexuels de la femme sont simplement à l'intérieur du corps, alors que ceux de l'homme sont à l'extérieur. La femme est définie comme un « moindre mâle » en référence à une hiérarchie d'ordre cosmique. Les organes et leur emplacement ne sont qu'un épiphénomène d'un ordre universel plus vaste. L'anatomie ne sert pas à établir une vérité, elle ne fait qu'illustrer un point déjà bien connu. En somme c'est le genre qui définit le sexe. Le genre est un fait immuable du cosmos et le sexe, une simple illustration. Il n'existe d'ailleurs pas un vocabulaire précis d'anatomie génitale. Le corps féminin n'est qu'une version moins parfaite du corps canonique, celui de l'homme. Il n'y a aucun effort pour enraceriner les rôles sociaux de chaque sexe dans la nature. On pourrait même dire que ce sont les catégories sociales du genre qui sont elles-mêmes naturelles. Ce modèle "unisexe" correspond à un monde public à très forte prédominance masculine : L'homme est la mesure de toutes choses et la femme n'existe pas en tant que catégorie ontologiquement distincte », in Jean-Hugues DÉCHAUX, « Laqueur Thomas, La fabrique du sexe. Essai sur le corps et le genre en Occident, compte-rendu », in *Revue française de sociologie*, 1993, 34-3, 454-457.

¹⁶⁵⁸ « Si le genre est bien une sorte de faire, une activité incessante qu'on accomplit en partie à son insu et non de son plein gré, pour autant, cela ne fonctionne pas de manière automatique ou mécanique. Au contraire, c'est une pratique d'improvisation, dans une scène de contrainte », Éric FASSIN (préf.), in Judith BUTLER, *Défaire le genre*, Éditions Amsterdam, 2016, p. 10.

¹⁶⁵⁹ Cette adéquation n'a rien d'automatique, on peut penser par exemple aux Nuer du sud du Soudan, chez lesquels seule la femme qui a des enfants est socialement considérée comme étant une femme ; la femme stérile étant considérée socialement comme un homme, in EVANS-PRITCHARD, *Parenté et mariage chez les Nuer*, Payot, 1973, 222 p.

¹⁶⁶⁰ Éric FASSIN (préf.), in Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 12.

Les aspects emblématiques et instrumentaux des normes binaires de genre se sont longtemps mutuellement renforcés, mais progressivement, cette dynamique s'est enrayée : l'identité sexuée s'est assouplie notamment au fil des changements de structures législatives, et pour aménager la loi, on a cessé de considérer la différence des organes, la reproduction, la sexualité, l'organisation des rôles sexués¹⁶⁶¹ comme une seule et même chose, comme si tout cela s'inscrivait dans un ordre symbolique préexistant intangible, on s'est plutôt mis à tendre, non sans une certaine poussivité, vers un idéal de liberté individuelle, d'égalité des droits¹⁶⁶², et de respect de la personne humaine.

B. Une remise en cause des rôles sexués

Toute approche de la notion de genre se voit suspectée - à juste titre - de mener à une remise en cause d'un ordre prétendument naturel et traditionnel. Les études sur le genre ont radicalement interrogé l'argument assez commode de « nature » sur lequel reposent d'apparentes évidences, pour mettre en lumière les normes qui les fabriquent et orienter vers une *désessentialisation* du

¹⁶⁶¹ Au début du 20^{ème} siècle il était impensable qu'une femme soit titulaire de droits tels que ceux de voter, de divorcer, d'avoir sa sexualité propre. Les enfants « appartenaient » à leur père, il a fallu attendre 1970 pour que l'autorité parentale, répartie entre le père et la mère, se substitue dans la loi française à la « puissance paternelle ». Cinq ans plus tard Simone Veil réussissait à imposer le droit à l'avortement, face aux imprécations de ses adversaires. Dans le même temps, les règles du divorce se sont assouplies, le consentement mutuel permet de se séparer sans que ce soit la faute de l'un des conjoints. En 1982, la loi française dépénalise l'homosexualité après des années de bataille opiniâtre de la communauté gay et lesbienne. En 1990, l'OMS la retire de la liste des maladies mentales. Le 15 novembre 1999 (loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité), c'est l'avènement du Pacs dans les vociférations de ses opposants qui hurlent « Les pédés au bûcher ». Et le 17 mai 2013 (loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe) la loi autorise le mariage pour tous, leur ouvrant par là-même l'adoption et la succession, au nom des principes d'égalité et de partage des libertés.

¹⁶⁶² Mais entre autres discriminations législatives, on peut encore relever qu'en matière de don du sang par exemple, les hommes homosexuels ne peuvent donner leur sang qu'après avoir été abstinentes sexuellement dans l'année précédant le don. Selon Marlène Schiappa, secrétaire d'État à l'Égalité femmes-hommes jusqu'au 16 novembre 2018, le gouvernement souhaitait mettre fin à cette discrimination. Cette règle a été établie en 2016 (arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang), Marisol Touraine, ministre de la santé à l'époque, l'avait justifiée par la volonté de « rassurer les receveurs ». À partir du 1^{er} février 2020, cette période d'abstinence devrait être réduite à 4 mois, selon le ministère de la Santé. V. aussi CJUE 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Établissement français du sang*, C-528/13.

sexe, parallèlement à une *dénaturalisation* du lien entre sexe, genre, et sexualité¹⁶⁶³. Les préjugés et les stéréotypes attachés aux sexes ont été fortement interrogés, mis en relation avec les discriminations et les inégalités pour dénoncer la répartition des rôles¹⁶⁶⁴ et des fonctions sociales, entre autres exemples en termes de vocation parentale¹⁶⁶⁵.

Implicitement, le genre a longtemps organisé et prescrit la classification binaire de l'humanité sur un mode intangible, réputé épuiser le réel - reposant sur ce qui semblait être une « vérité biologique »¹⁶⁶⁶ - alors même que ses bases scientifiques sont fragiles puisqu'elles occultent le phénomène de l'intersexuation et des identités multiples¹⁶⁶⁷. Le fait que le corps soit porteur d'une identité sexuée, marquée par l'existence d'organes sexuels qui font de chacun, biologiquement, un homme ou une femme, semble un truisme, mais les évidences biologiques ne sont jamais des évidences identitaires. Et surtout, l'incorporation du genre n'est pas « naturelle », elle ne dépend pas d'une quelconque composition chromosomique qui imposerait un destin. Le genre, ainsi que la sexualité, ne sont pas seulement déterminés par le sexe ; ils le sont aussi par l'environnement socio-culturel au sens le plus large, c'est-à-dire par tout un parcours individuel. Irène Théry explique que « la personne humaine n'est pas substantielle, mais éminemment relationnelle¹⁶⁶⁸, et que la vie sociale est le creuset de la sexuation. Ainsi une surimpression de significations symboliques et de ritualisations¹⁶⁶⁹ prend largement le pas sur le donné biologique. On peut même penser que le genre précède le sexe¹⁶⁷⁰ - il participe à sa

¹⁶⁶³ C'est-à-dire les rôles sociaux de sexe, qui correspondent à un ensemble de croyances, de pratiques, de normes qui ancrent la différence et l'inégalité entre les sexes.

¹⁶⁶⁴ C'est-à-dire les rôles sociaux de sexe, qui correspondent à un ensemble de croyances, de pratiques, de normes qui ancrent la différence et l'inégalité entre les sexes.

¹⁶⁶⁵ V. notamment l'article de Marc PICHARD et Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit », *AJ Famille*, 2014, p. 174.

¹⁶⁶⁶ Or la notion de sexe, précisée par quelques sciences de la vie (biologie, embryologie, physiologie, médecine) est limitée et critiquée, en ce qui concerne la psychophysiologie humaine et la sociologie, par celle de genre, comme attribution par les sociétés de rôles culturellement définis à chacun des deux sexes ; le genre est une expression intime et personnelle de soi, qu'elle corresponde ou non au sexe de naissance, in Thomas HAMMARBERG, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Bureau du Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 2009, p. 5.

¹⁶⁶⁷ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN (dir.), *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, p. 6.

¹⁶⁶⁸ Irène THÉRY, *La distinction de sexe. Une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, Sciences humaines, 2007, 676 p.

¹⁶⁶⁹ V. Christine DÉTREZ, « Un homme et une femme : sexe et genre », in *La construction sociale du corps*, Points Essais, 2002, pp. 149-155.

¹⁶⁷⁰ Christine Delphy écrit que le genre précède les sexes et que la distinction entre les sexes apparaît comme une conséquence du genre, comme sa concrétisation fondamentale, in Christine DELPHY,

construction - et que la prise de conscience de la présence des organes génitaux vient entériner, redessiner, réinterpréter tout ce qui s'est construit auparavant, parce que la perception de l'identité sexuelle est indépendante de la différence biologique mâle/femelle. Quant à la féminité ou la masculinité, elles ne renvoient pas forcément au corps réel de la femme ou de l'homme, mais à des corps idéaux, véhiculés par des représentations culturelles, par les codes d'un groupe social, c'est ce que démontre la psychanalyse.

La perspective d'une abrasion et peut-être d'une dislocation du roc de la dichotomie suscite inmanquablement des levées de boucliers, elle est encore juridiquement tenue pour impossible. Mais ce statut de norme suprême perd de sa crédibilité depuis qu'elle est perçue comme un enjeu de pouvoir, et que la question de sa finalité a été posée. La crise de la binarité se traduit aujourd'hui par une remise en cause du système sur lequel s'est construit l'ordre du sexe, et par un affaiblissement des emblèmes de puissance que cet ordre véhicule, même si, comme l'indique Élisabeth Badinter, « les instances dirigeantes des sociétés occidentales n'ont pas encore intégré qu'une femme vaut un homme, et moins encore qu'un père vaut une mère »¹⁶⁷¹.

Les normes sexuées s'assouplissent, les différences de façonnage s'estompent¹⁶⁷², les questions de genre métamorphosent nombre de clichés épuisés en mythes qui ne fonctionnent plus avec la même logique qu'autrefois. Ces questions se posent de façon particulièrement éclatante, concrète, et provoquent des réactions vigoureuses parce qu'elles sont la base vivante et mouvante de ce qui nous constitue, le matériau avec lequel nous nous construisons. Elles

« penser le genre, quels problèmes ? », pp. 94-95, in Marie-Claude HURTIG, Michèle KAIL, Hélène ROUGH, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, CNRS Éditions, 2003, pp. 89-102. Nathalie Rubel explique que : « Gail Rubin et Judith Butler, peut-être en lointain successeurs d'Emmanuel Kant et de la phénoménologie, ont démontré que le sexe était toujours déjà du genre (...). On peut alors se demander de quel genre est la nature du sexe. L'homme n'a pas affaire à la Nature, jamais. Il a affaire à des phénomènes dans une perception toujours relative et à laquelle il donne un sens. L'homme vit dans un monde, dans son monde », in Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, p. 283.

¹⁶⁷¹ Élisabeth BADINTER, *XY. De l'identité masculine*, Odile Jacob, 2004, 320 p.

¹⁶⁷² Mais elles continuent à nous travailler de façon inconsciente et complexe : les parents continuent d'encourager leur garçon à développer sa force pour qu'il puisse se défendre, tout en poussant leur fille à être combattive et courageuse, mais pas trop, car ses ardeurs pourraient la rendre brutale et autoritaire. Dans infiniment de détails, d'apparence insignifiante, ils façonnent le corps de leur bébé, ses émotions, ses sensations de fille ou de garçon. Dès que l'on s'approche un peu trop de l'indifférenciation, on « sexue » les corps et les attitudes, mais à l'inverse, dès que l'on s'éloigne trop de l'autre sexe, on adoucit les angles saillants, in Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?* Kero, Le Livre de Poche, 2012, p. 64.

interrogent les évidences complexes de la normalité et de l'anormalité¹⁶⁷³ comportementale, mentale et sociale. Il n'y a plus de statut « naturel » des hommes et des femmes, qui ne s'incarnent plus dans des fonctions préétablies, l'un et l'autre tendent à refuser de plus en plus l'orchestration d'une amputation partielle de ce qu'ils peuvent être, ainsi que l'assignation des tâches et des rôles « normaux » produits par un discours qui a vécu. Pour ne citer que deux exemples parmi d'autres, extrêmement nombreux, celui du congé parental d'éducation toujours très inégalement réparti entre les parents, et totalement « parti pris » en faveur de la « mère »¹⁶⁷⁴,

¹⁶⁷³ Jacques Lacan, dans un film de Françoise Wolff intitulé *Lacan parle*, tourné en 1972 à l'attention du grand public, tenait le propos suivant : « Aucun analyste ne peut s'autoriser, sous aucun angle, à parler du normal ... de l'anormal non plus d'ailleurs (...). Au nom de quoi l'analyste parlerait-il d'une norme quelconque ? Sinon, permettez-moi la plaisanterie, d'une malnorme, d'une norme mâle ».

¹⁶⁷⁴ André Zylberberg, économiste français et spécialiste du marché du travail, Directeur de Recherche émérite au CNRS écrivait le 23 mai 2019 dans le journal *Le point*, qu'« en juin 2018, le président Emmanuel Macron a rejeté la mesure égalitaire proposée par la directive européenne sur l'équilibre vie privée et vie professionnelle qui avait pour finalité de tirer tous les pays de l'Union vers l'égalité entre les hommes et les femmes, en rendant obligatoire un congé paternité de 10 jours et en rémunérant dignement un congé parental de 4 mois pour la mère autant que pour le père ». Comme explication à cette politique il indique sa corrélation avec une étude danoise (Henrik Kleven, Camille Landais et Jakob Egholt Sogaard, « Children and Gender Inequality : Evidence from Denmark », NBER WP n° 24219, janvier 2018), selon laquelle, dans les faits, les femmes sont affligées d'un véritable « handicap maternel » lié aux normes de genre qu'une jeune fille intègre au contact de ses parents : « Cet handicap maternel s'avère plus important au sein des couples où la femme a été élevée dans une famille « traditionnelle », dans laquelle l'homme subvient aux besoins du ménage et la femme s'occupe des enfants et de la maisonnée. En revanche, les caractéristiques de la famille du conjoint masculin n'ont aucune influence ». Ce constat a été conforté par une autre étude portant sur 5 pays : la Suède, l'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni et les États-Unis : ce même handicap existe, mais il est d'une ampleur très variable, liée aux normes de genre propres à chaque pays. La corrélation est flagrante entre le niveau du handicap maternel et la proportion de la population estimant « que les femmes ayant des enfants en bas âge devraient rester à la maison pour s'occuper d'eux ». Il relève que « Dès lors que l'écart de rémunération entre les hommes et les femmes évolue parallèlement aux normes de genre transmises de mère en fille, génération après génération, les progrès ne peuvent pas être instantanés », et que « plus les places occupées par les femmes dans les entreprises rejoignent celles des hommes, plus les normes de genre évoluent et plus le handicap maternel régresse ». La France demeure très éloignée des pays du nord de l'Europe dans la mise en œuvre de ces politiques familiales favorisant une réelle égalité des genres : en Suède, chaque naissance donne 480 jours de congé (c'est-à-dire 16 mois), au couple parental à répartir librement, sous la contrainte d'un minimum de 90 jours pour chacun. Par ailleurs, le congé parental maintient un niveau de revenu d'environ 80 % du salaire antérieur. En France, le congé parental est actuellement de 6 mois pour le premier enfant (sans aucune obligation pour le père) et il est très faiblement rémunéré puisqu'il offre à peine 400 euros par mois. Concernant le congé de paternité, instauré en France en 2002, actuellement de 14 jours, avec pour objectif une meilleure implication des pères dès la naissance de leur enfant, et un équilibrage des inégalités professionnelles liées à cet événement, le rapport d'une commission d'experts dirigée par le neuropsychiatre Boris Cyrulnik sur les « 1 000 premiers jours » de l'enfant, rendu le 8 septembre 2020, a proposé d'allonger ce congé à neuf semaines, fractionnables, au nom des « effets positifs sur le développement de l'enfant », le Président de la république Emmanuel Macron a annoncé le 23 septembre 2020, que le congé de paternité passerait à 28 jours, soit le double de ce qu'il est actuellement, dès la mise en vigueur de la loi, en juillet 2021, dont

alors même que rien ne certifie plus aujourd'hui qu'elle soit forcément une femme, du fait des compositions et recompositions des familles, des changements de sexe rendus plus accessibles par la loi du 18 novembre 2016, et de la répartition et l'incarnation des rôles parentaux.

Les constructions sociales de genre et de droit interagissent donc, et la problématique de ces interactions peut être ramenée à des questionnements plus ciblés : celui de l'agencement des identités sexuées et des préférences sexuelles, et celui de la division binaire entre hommes et femmes restée si longtemps le socle immuable, si fondateur de notre monde, qu'il semblait bien trop dangereux de questionner. À la faveur de la jurisprudence¹⁶⁷⁵ et de la littérature juridique¹⁶⁷⁶, le genre d'ordinaire régulé par des normes hétérosexuelles, apparaît beaucoup moins « naturel », et de plus en plus singulier. L'identité sexuelle est un chantier permanent, qui se construit et se complique tout au long de l'existence, par le fait qu'une grande partie des interrogations qu'elle infère reste inconsciente, et que la pensée inconsciente, avant de nous faire entrer dans l'univers des sexes différenciés, est loin d'être dans une logique binaire. Nous sommes tous habités par des éléments masculins et féminins qui se côtoient, se contredisent, s'unissent, s'opposent, produisent des angoisses et des symptômes, et chaque personne élabore une construction sexuelle éminemment singulière. Avec une question inconcevable : et si finalement « le genre » ne correspondait à aucune logique binaire ?

7 jours obligatoires. Le groupe parlementaire Écologie Démocratie Solidarité, préconise par ailleurs, dans une proposition de loi, de le faire passer à douze semaines, dont huit obligatoires.

¹⁶⁷⁵ La juridicisation de la théorie du genre est essentiellement appliquée en matière de discriminations (v. par exemple Miyoko TSUJIMURA et Danièle LOCHAK (dir.), *Égalité des sexes. La discrimination Positive en Question : Une analyse comparative*, Société de Législation Comparée, 2013, 344 p.), et cette approche est le reflet de difficultés conceptuelles, du fait que le droit, sollicité par le débat politique, énonce des normes prescriptives, et performatives, qui nécessitent des interprétations et des décisions.

¹⁶⁷⁶ V. notamment Sébastien PIMONT (prés.), Vincent FORRAY, Alexandre GUIGUE, Geneviève PIGNARRE (dir.), *Le genre une question de droit, Actes du colloque du 24 juin 2010*, ouvrage coll., Jurisprudence, Revue critique, Lextenso, 2011, 379 p. ; Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, 799 p. ; Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *Genre et droit, Ressources Pédagogiques*, Dalloz, 2016, 454 p.

II. Des agencements individuels singuliers

*C'est seulement dans le sexuel que la synthèse se pose comme contradiction*¹⁶⁷⁷.

Soren Kierkegaard

Ni genre, ni maître.

Slogan de la mouvance LGBT dans les années 90.

Comme souvent, la marge interroge la norme et le singulier dispute le général. Sigmund Freud suggérait déjà que « c'est l'exception, l'étrange qui nous donne la clé pour comprendre comment est constitué le monde ordinaire, que nous prenons comme allant de soi, des significations sexuelles »¹⁶⁷⁸. Entre sexe, genre et sexualité, le droit renvoie les personnes, en tant que sujets sexuels, à des images construites considérées comme « satisfaisantes », qui font appel à une forme de narcissisme, il les renvoie à des images idéales, auxquelles elles doivent s'identifier, autour desquelles elles doivent s'orienter. Or le rapport que nous avons chacun au sexe est éminemment singulier (A) et le genre est une notion d'une grande plasticité (B).

A. La singularité du rapport au sexe

Femme ? Homme ? Trans ? Homo ? Hétéro ? L'identité sexuelle conditionnée par un destin anatomique mâle ou femelle dans lequel se niche un esprit lui-même conditionné par la culture et l'environnement, est celle que reconnaît le droit. Mais que signifie être Queer ? Drag ? Ou même Autre ? Une pensée fondamentalement subversive s'est employée à démonter l'idée de binarité de genre comme configuration sacrée, c'est la *théorie queer*¹⁶⁷⁹, apparue au cœur des

¹⁶⁷⁷ Soren KIERKEGAARD, *Begrebet Angst, Traité de l'angoisse*, 1844, cité par Gabriel LOMBARDI, « Choix du genre et choix du sexe », Jean-Jacques Rassial éd., *Genre et psychanalyse. La différence des sexes en question*, Érès, 2016, pp. 181-193.

¹⁶⁷⁸ Cité par Serge HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, Kero, Le livre de poche, 2012, 190 p.

¹⁶⁷⁹ Theresa de Lauretis est à l'origine de l'expression « théorie queer » qu'elle utilise lors d'une conférence donnée en février 1990 à l'Université de Californie, puis dans un numéro de la revue *Différence* (une publication féministe américaine) paru en 1991. Elle y contrecarre les effets d'invisibilisation générés par l'expression passe-partout *gay and lesbian* en matière d'oppression de classe, in Didier ERIBON, *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, Larousse, 2003, pp. 393-397, et Xavier LEMOINE, *ibid.*, pp. 397-398.

études de genre à partir des années 1990, liée au poststructuralisme¹⁶⁸⁰ et à la pensée déconstructiviste de la *French theory*¹⁶⁸¹. Cette théorie avance notamment que le genre et la sexualité ne sont pas déterminés exclusivement par le sexe biologique, mais par toute une histoire de vie, et surtout que le genre et ses apories sont si complexes que l'on ne peut les expliquer qu'à partir de la multiplication et de la convergence d'une grande variété d'identifications culturellement dissonantes¹⁶⁸². Sachant que ces identifications multiples forment des configurations non hiérarchiques faites de chassés croisés qui mettent en question la primauté de toute attribution d'un genre univoque¹⁶⁸³, et que ces identifications¹⁶⁸⁴ multiples et coexistantes, lieux de conflits novateurs à l'intérieur même des configurations de genre, contestent la fixité des positions masculine et féminine. Cet abord de l'identité de genre, intimement lié à la réfutation de toute conception essentialiste ou naturaliste, et la prise en compte de la radicale singularité avec laquelle chaque sujet construit son rapport au sexe, à partir de l'énigme qu'il représente¹⁶⁸⁵, apparaissent comme le socle commun aux conceptions psychanalytiques et aux études de genre. Nonobstant le fait que la psychanalyse ait pu parfois être condamnée pour sa vision « normativante », « pathologisante », « familialiste », « œdipianisante »¹⁶⁸⁶, lorsqu'elle s'est posée en gardienne d'un ordre symbolique trop

¹⁶⁸⁰ Les théoriciens du poststructuralisme estiment que la complexité des êtres humains rend les sciences sociales instables, et que les phénomènes sociaux ne peuvent être étudiés que dans le contexte dans lequel ils se construisent.

¹⁶⁸¹ La *French Theory* est un corpus de théories philosophiques, littéraires et sociales, apparu dans les universités françaises dans les années 60, et américaines dans les années 70 ; elle donne à la notion de déconstruction une place centrale. Elle a notamment contribué à l'émergence des études de genres, nourrie par la pensée d'auteurs tels que Michel Foucault, Louis Althusser, Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Jacques Lacan, Julia Kristeva, Jean Baudrillard, Simone de Beauvoir, Claude Lévi-Strauss, Félix Guattari, Judith Butler, etc.

¹⁶⁸² En 1977, dans *L'arrangement des sexes*, Erving Goffman, dépeint le genre comme le code fondamental autour duquel s'articulent les interactions humaines et s'agencent les structures culturelles. Selon lui, ce sont moins les différences objectives que le dispositif culturel qui font de ces différences un système si intelligible de conventions sociales qu'il apparaît comme allant de soi ; in Ervin GOFFMAN, « The arrangement between the Sexes », in *Theory and Society*, vol. 4, n°3, 1977, pp. 301-331, traduit (par Hervé Maury) et publié par La Dispute, *Le genre du monde*, 2002, 115 p.

¹⁶⁸³ Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 159.

¹⁶⁸⁴ Qu'elles se conforment ou non aux normes inhérentes à l'intégrité du genre, culturellement imposées, ces identifications constituent des récits autobiographiques partiellement construits par la narration. Même si Jacques Lacan considère que nous ne pouvons jamais raconter l'histoire de nos origines parce que le langage barre l'accès du sujet parlant aux origines libidinales refoulées de son discours : les moments fondateurs qui instituent le sujet précèdent le sujet parlant.

¹⁶⁸⁵ Jacques LACAN (1971), *Le séminaire, Livre XVIII, D'un discours qui ne serait pas du semblant*, Le Seuil, 2007, p. 58.

¹⁶⁸⁶ Fanny CHEVALIER, Jean-Jacques RASSIAL, *Genre et psychanalyse*, Érès, 2016, p. 47.

immuable pour être juste au regard de l'évolution du monde. Elle se soucie cependant fondamentalement de la manière dont chacun se situe et se débrouille, au « un par un », avec l'énigme du sexe et du sexuel ; et en ce qu'elle permet de mettre au jour des fantasmes qui incluent la sexualité non génitale, elle rejoint la pensée *queer*, ce qui crée une certaine fraternité de discours.

On le voit, la vision *queer* est aux antipodes de l'appréhension juridique de l'identité sexuelle humaine pour laquelle il ne saurait y avoir d'indétermination, et encore moins une quelconque forme d'erraticisme ou d'instabilité, cette identité sexuelle devant être rigoureusement entérinée une bonne fois pour toutes - avec la nuance d'une éventuelle *inversion* de la mention de sexe pour les personnes transgenres reconnues comme telles en fonction d'un faisceau de faits mentionnés à l'article 61-5 du Code civil - comme identité ferme, catégorique, incontestable. Telles sont les limites du juridiquement pensable. Mais l'évidence¹⁶⁸⁷ de la continuité entre sexe anatomique et identité sexuée ratifiée par le droit, tout autant que l'axiome de la différence masculin/féminin, ont été profondément mis en cause - et ils le restent - au profit de l'idée d'un agencement qui articule toutes les dimensions du sexuel aux domaines du social et de la singularité psychique ; un agencement qui inclut des facteurs inconscients nodaux qui ne sont eux pas « simplement » historiques ou sociaux. Dans le sillage des féministes, les militants homosexuels avaient déjà ouvertement interrogé la définition des normes en matière de genre, rejoints dans les années 90 par la communauté LGBT (à laquelle on peut ajouter aujourd'hui les lettres QI pour *queer* et intersexe), entité protéiforme composée de tous ceux qui ne trouvent pas leur place dans l'univers bi-genre du masculin/féminin. D'où le terme de *queer*¹⁶⁸⁸, qui

¹⁶⁸⁷ L'évidence n'appelle pas de démonstration, puisque toute interrogation qu'elle suscite mène *a priori* à la vérité. Elle est donc susceptible d'ancrer dans l'illusion et les préjugés. Elle rend même impossible la démonstration, in Camille BROUELLE, « Le juge et l'évidence », in *L'office du juge*, Les colloques du sénat, 2006, p. 276. Par ailleurs, on remarque que les propositions les plus évidentes d'une science ne sont pas nécessairement les plus « simples » ou les plus générales ; Gaston Bachelard indique, dans *Le nouvel esprit scientifique*, que « l'évidence première n'est pas une vérité fondamentale », in Gaston BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, Quadrige, 2013, 183 p. Parmi les définitions de l'évidence, on peut souligner celle selon laquelle il s'agit de la qualité dont est paré « le fait ou le raisonnement qui, portant en lui révélation de son existence ou de son bien-fondé, vaut preuve de lui-même et dispense d'autre preuve ou d'autre démonstration » (in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 424). Si l'évidence se dit de ce qui s'impose immédiatement à l'esprit, elle s'impose comme une réalité, elle chasse le doute ; sur ce point, v. Jean-François CESARO, *Le doute en droit privé*, Panthéon Assas, 2003, p. 395.

¹⁶⁸⁸ La signification de ce terme de *queer* a pu glisser vers un usage insultant à l'encontre de personnes à la sexualité considérée comme « déviante » au regard des normes traditionnelles.

signifie « étrange », « peu commun », « curieux », et qui désigne l'ensemble des personnes non conformes aux identités de genre et de sexe greffées par la société : des personnes non-dyadiques, transgenres¹⁶⁸⁹, intersexes, appartenant à des minorités refusant toute étiquette normative¹⁶⁹⁰, des personnes qui ont le désir de vivre et d'être reconnues telles qu'elles sont¹⁶⁹¹. Les aspirations aussi vives que démultipliées à une désacralisation de la binarité de genre ont mené à ce que le concept de genre en lui-même connaisse peu à peu une mutation de son contenu, un élargissement de sa surface d'interaction sociale en lien avec une réduction progressive de l'investissement symbolique dont il faisait l'objet. Derrière les « mille morceaux » des convenances, se profilent peu à peu une volonté de prendre en compte la réalité des sentiments d'appartenance, nés non pas d'un socle de valeurs et de références communes prédéterminées, mais plutôt de la capacité des gens à en contester le bien-fondé. On martèle encore juridiquement l'idéologie de la différence biologique des sexes, de la dualité des genres, de la dualité sexuelle, alors qu'elle devrait exploser sous le coup d'usages en tous genres, tant en matière d'image sociale que chacun donne de soi, que de postures, de sexualités et de rôles. Julia Kristeva considère qu'au regard de l'identité sexuelle, la logique binaire constitue un piège insoluble : « L'homme ou la femme ? (...) Changeons donc de logique. Ni même, ni autre : l'univers pluriel est fait de singularité incommensurables (...). Chaque personne invente dans son intimité un sexe spécifique »¹⁶⁹².

Le déverrouillage juridique des portes du genre pourrait ouvrir un passage à tous les laissés pour compte de la binarité sexuelle, puisqu'actuellement, pour que le genre soit juridiquement intelligible, il faut qu'il s'inscrive dans une incontournable binarité, et lorsque l'on ne s'y

¹⁶⁸⁹ Amnesty International définit une personne transgenre comme étant « une personne dont l'expression de genre et/ou l'identité de genre s'écarte des attentes traditionnelles reposant sur le sexe assigné à la naissance ». Les personnes dites transgenres ne se reconnaissent pas dans le système binaire homme/femme, elles se sentent en effet être d'un genre « tiers », d'autres ne s'identifient à aucun genre ou au contraire à plusieurs. Le site explique que « Les personnes transgenres vivent de façon individuelle leur identité de genre et l'expriment de différentes façons. La perception de l'identité de genre peut aussi évoluer avec le temps. Certaines personnes transgenres s'identifient comme complètement homme ou femme, d'autres perçoivent leur identité de genre comme en dehors de cette binarité », v. <https://www.amnesty.fr/focus/transgenre>.

¹⁶⁹⁰ Le terme « normatif » est utilisé ici pour faire référence à la violence ordinaire qu'exercent certains idéaux de genre. Il a deux sens, l'un signifie « relevant des normes qui gouvernent le genre », l'autre relève plutôt de la justification éthique et fait référence à la manière dont cette justification s'établit.

¹⁶⁹¹ « Le corps n'est pas une chose mais une situation » écrivait Simone de Beauvoir, in Simone de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Gallimard, Folio Essais, 1986, p. 75.

¹⁶⁹² Julia KRISTEVA, *Seule une femme*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2007, p. 223.

conforme pas, lorsque l'on tente d'en sortir, le prix à payer est une perte d'intelligibilité. Les contraintes qu'impose la grammaire juridique ont pour effet pervers de mener à une naturalisation du genre, et de ce fait, à des vues si radicales, qu'elles rendent une part de la réalité proprement impensable. Les normes qui trament une vie genrée intelligible au sens du droit sont si violentes - notamment sur un plan implicite, concernant les morphologies idéales du sexe et une série de présupposés¹⁶⁹³ longtemps liés au caractère « naturel » de l'hétérosexualité - qu'on a estimé que le genre était soit une manifestation naturelle du sexe, soit une constante culturelle qu'il n'était pas concevable que qui que ce soit puisse transformer par sa capacité d'agir. Or Michel Foucault évoque un « polyèdre d'intelligibilité » - qu'il s'agisse de sexe, de sexualité, ou de toute autre dimension de l'expérience au monde - c'est-à-dire une figure dont « le nombre de faces n'est pas défini à l'avance et ne peut jamais être considéré comme fini de plein droit »¹⁶⁹⁴. On peut donc raisonnablement penser que le « jeu » de l'identité sexuelle est fondamentalement ouvert, comportant toujours une imprévisible part d'indécidable, y compris rétroactivement, puisque selon la perspective que l'on adopte, de nouvelles figures peuvent émerger et rebattre les cartes du réel et de la dynamique de son histoire¹⁶⁹⁵.

Du fait que nos manières de penser la vie genrée sont le plus généralement forcloses¹⁶⁹⁶ par des *a priori* coriaces très répandus, la personne qui échoue à s'approcher de la norme juridique est condamnée au statut de « morte vivante ». Au regard de cette réalité, Judith Butler - à l'instar de Sigmund Freud - suggère, pour inventer de nouvelles formations d'identité sexuelle, de prendre appui sur les exceptions. À la fois parce qu'éviter la normalisation par des transgressions¹⁶⁹⁷ ostentatoires n'est pas un mode de vie, et surtout parce qu'il est question d'accepter de voir la souffrance des personnes dont la vie et les désirs sont renvoyés à l'irréalité par l'empire de la norme. Des personnes qui n'ont pas leur place dans le système de genre dans

¹⁶⁹³ Des présupposés imprégnés, pétris par les discours ordinaires et académiques. Des questions se posent sur ce qui est « normal » en matière de genre et de sexualité, sur ce qui prédétermine ce qui compte pour circonscrire le champ de ce qui est humainement « vivable ».

¹⁶⁹⁴ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits*, tome IV, Gallimard, 1994, p. 23.

¹⁶⁹⁵ Sabine PROKHORIS, *Au bon plaisir des docteurs graves*, PUF, 2016, p. 82.

¹⁶⁹⁶ Au sens du terme « forelore » introduit par Jacques Lacan, et qui signifie ici « cernées » par les dénis.

¹⁶⁹⁷ Pour autant, la puissance normative du genre n'est pas subvertie par les transgressions et subversions aux normes dominantes qui finalement apparaissent comme des exceptions qui confirment la règle de l'ordre symbolique.

sa dimension construite et performative, et qui font l'expérience de vivre comme des êtres socialement impossibles, impensables, illisibles, irréels, illégitimes, inconnus.

Pour mettre en lumière la structure du genre lui-même, on peut prendre l'exemple paradigmatique du travesti¹⁶⁹⁸, parce que son déguisement nous renvoie à notre propre faculté de travestissement à tous. Quand on croit voir un homme habillé en femme ou une femme habillée en homme, on prend le premier terme pour la réalité de genre, le deuxième se superpose comme une apparence trompeuse et semble manquer de « réalité ». Ce qui fonde notre perception de la réalité de genre, c'est l'anatomie de la personne qui pourtant reste ignorée¹⁶⁹⁹, c'est l'apparence des vêtements portés, c'est un comportement « naturalisé », une série d'inférences culturelles. Et quand il nous semble qu'un corps n'est « pas clair », quand nos perceptions culturelles ancrées se brouillent, on peut s'interroger quant aux catégories qui nous permettent de voir. La mise en question de la réalité tangible du corps que l'on peine à situer met aussi en question la réalité du genre. Ce que l'on invoque comme un savoir naturalisé sur le genre est une réalité sédimentée qui pourrait être transformée, construite, moins violemment qu'elle ne l'est, car ce savoir circonscrit abruptement et préventivement la réalité : les normes de genre, telles que le dimorphisme idéal, la complémentarité hétérosexuelle des corps, les idéaux de ce que sont le masculin ou le féminin, établissent ce qui est humainement admissible et intelligible, ou non. Et ces formes sociales du genre, qui « constituent le champ ontologique où les corps trouvent leur expression légitime »¹⁷⁰⁰, sont à l'origine de difficultés multiples.

Comme la distinction entre sexe et genre émerge d'une profonde fracture avec l'idée que le sexe biologique déterminerait l'identité sexuée et sexuelle, le sexe ne renvoie plus qu'à sa

¹⁶⁹⁸ Le travestissement, sorte de performance inversée du genre a pu laisser croire en une libération des conventions sexuées ; mais la parodie en soi n'a rien de subversif, elle crée seulement une certaine confusion, ou signifie une manière de domestication. Judith Butler explique « qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre travesti et subversion, et que le travesti peut fort bien être au service à la fois de la dénaturalisation et de la réidéologie de normes de genre hyperboliquement hétérosexuelles. Au mieux, le travesti semble être le lieu d'une certaine ambivalence, qui reflète une situation plus générale – lorsque nous sommes partie prenante dans les régimes de pouvoir qui nous constituent, et donc partie prenante précisément dans ces régimes de pouvoir auquel nous nous opposons », in Judith BUTLER, « Gender is burning », in *Bodies That Matter. On the Discursive Limits of sex*, Routledge, Routledge Classics, New York et Londres, 2011, p. 125.

¹⁶⁹⁹ D'autant plus qu'un corps peut être sujet à des variations anatomiques, quand il est préopératoire, transitoire, ou postopératoire.

¹⁷⁰⁰ Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 47.

dimension anatomique, tandis que le genre, dans toute sa dimension performative, se rapporte à la construction psychologique et sociale du sexe, et l'identité sexuelle nécessite de penser ensemble sexe anatomique, sexuation psychique et sexualité, dans tous leurs nouages - radicalement singuliers pour chacun ainsi que le souligne la psychanalyse - qui sont tout autres que ceux promus par l'ordre symbolique traditionnel, c'est-à-dire de manière générale, par l'ensemble des normes sexuelles juridiquement consacrées. Une approche « genrée » de l'identité sexuelle au regard de ces normes conduit donc à déconstruire l'ontologie sexuelle pour comprendre le rapport du sujet au sexe, à la sexuation et à la sexualité.

Cette déconstruction ontologique, à l'origine de débats intenses¹⁷⁰¹, d'inquiétudes et de protestations¹⁷⁰², fait peur, comme si toutes les questions « satellites » du genre étaient autant de bombes à retardement. Serge-Samuel Hefez, psychiatre psychanalyste remarque que « tout ce qui touche à la remise en question de la différence des sexes, on le sait, provoque immédiatement des visions d'apocalypse : confusion des genres, indifférence des sexes, maternisation de la société, perte de la fonction paternelle, dissolution de la famille, négation de l'hétérosexualité au profit d'une homosexualisation généralisée, destruction d'un ordre symbolique universel¹⁷⁰³ (...). Nous nous trouvons complètement ficelés, contraints, contenus par une multitude d'injonctions, de prescriptions, de représentations, de projections, de règles héritées de notre environnement personnel, familial, social, culturel, religieux, qui nous dictent au plus intime de nous-mêmes comment modeler ce sexuel infantile infiniment fantaisiste, qui nous exalte et nous terrifie. Au point que certains prennent parfois ce modelage pour « la norme », ou même « la nature »¹⁷⁰⁴.

Ainsi ce que nous voyons dans le genre comme une essence intérieure, naturelle, est plutôt le résultat concret d'une élaboration personnelle et empirique, résultant d'une suite ininterrompue d'actes ; c'est une construction éminemment singulière, l'identité sexuelle s'acquiert, s'élabore, se construit, se travaille, et ce constat conduit à l'idée qu'il y pourrait y avoir autant de genres

¹⁷⁰¹ V. entre autres exemple la pétition « Enseigner le genre : contre une censure archaïque », diffusée par l'Institut Émilie du Châtelet, sur le genre, le sexe et les femmes, publiée dans le Monde du 14 juin 2011.

¹⁷⁰² Protestations exprimées notamment par Christine Boutin, Christian Vanneste, etc.

¹⁷⁰³ Serge- Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., p. 7.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 10.

que de personnes. Car le genre n'est pas le produit d'un choix, il n'est pas un artifice tout prêt dont on s'affuble en fonction des normes en vigueur¹⁷⁰⁵. Il ne concerne pas non plus le sexe de la biologie, mais bien le sexe d'une anatomie fantasmatique, d'une représentation du corps intimement marquée par l'histoire de chaque sujet. L'énigme du masculin et du féminin se situe au cœur même de la vie psychique, isolément des différences anatomiques des sexes : chaque personne élabore une réponse spécifique et originale au regard de cette interrogation, puisant au fil de son histoire particulière les matériaux de la construction de son identité sexuelle. Le corps, la pensée, le social s'entremêlent pour constituer une trame consciente et inconsciente : « Notre inconscient est *queer*, il contient l'humanité entière dans ses potentialités sexuées et son polymorphisme sexuel. Mais il devient vite réactionnaire, inexorablement imprégné des figures imposées d'une différence des sexes rigidifiée par la culture et par des strates séculaires d'identifications à nos ancêtres »¹⁷⁰⁶. Nous sommes pris dans un réseau de pensées, de langages, de capacités, de flux, de mouvements, de déterminations culturelles et sociales, de tout ce qui nous permet de vivre collectivement en allant au-delà de nos singularités, et c'est cette circulation entre singularité et universalité qui fonde notre compréhension de qui nous sommes, dans un travail à la fois de désaliénation et de reconnaissance d'un certain assujettissement¹⁷⁰⁷.

Sabine Prokhoris écrit que : « La pensée inconsciente n'a de cesse de renverser les barrières qui encadrent les oppositions binaires, pensée libre, rebelle polymorphe, qui fait en permanence coexister les différences et se moque des contradictions. Elle est faite d'intensités émotionnelles, chargée d'érotisme, véritable puits d'expérience (...). Elle joue des contrastes et des dissemblances »¹⁷⁰⁸. Cette pensée inconsciente, loin de ressortir d'une logique binaire, est le lieu du sexuel, nourri d'une foule d'identifications, d'imitations, d'incorporations qui alimentent une multiplicité d'aptitudes sexuelles, d'identités érotiques. Nous sommes pris dans

¹⁷⁰⁵ Sinon, comme l'explique avec humour Judith Butler, « on s'éveillerait le matin, on puiserait dans son placard, ou dans quelque espace plus ouvert, le genre de son choix, on l'enfilerait pour la journée, et le soir on le remettrait en place », in Judith BUTLER, *Bodies That Matter. On the Discursive Limits of sex*, Routledge, Routledge Classics, New York and London, 2011, 256 p.

¹⁷⁰⁶ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., p. 187.

¹⁷⁰⁷ Cf. Éric FASSIN, Véronique MARGRON, *Hommes, femmes, quelle différence ?*, Salvador, Controverses, 128 p.

¹⁷⁰⁸ Sabine PROKHORIS, *Le sexe prescrit. La différence sexuelle en question*, Flammarion, Aubier, 2000, 345 p.

un ordre sexuel qui nous façonne, et que nous façonnons, car loin d'être figé, il « bouge » sous l'effet des changements de société¹⁷⁰⁹ et le genre en est d'autant plus malléable et nuancé.

B. La plasticité du genre

On voit que le genre organise le sexe, ainsi que toute l'identité sexuée, et non l'inverse. Ainsi coexistent l'idée d'une morphologie qui est celle d'un homme, ou d'une femme, ou des deux, ou pas vraiment des deux parce qu'elle est « autre chose », avec des identités plurielles pétries d'évolutions, de changements, d'interactions, de turbulences, de perméabilité, de processus et de flux¹⁷¹⁰. Notre identité sexuelle est une réalité qui empêche que nous puissions être pensés comme des êtres unifiés, constants, déterminés par une assignation statique.

La base de la pensée *queer* qui intéresse la psychanalyse et interpelle sérieusement le droit, est une remise en cause fondamentale des schémas genrés diviseurs pour appréhender les individus dans une continuité à la fois physique, psychique et sexuelle, qui donne une liberté d'être, sans considération de masculin ou féminin, d'hétérosexualité, d'homosexualité ou de bisexualité. C'est une déconstruction des démarcations, une conception qui refuse l'idée d'aliénation à une prédestinée, qu'elle soit « naturelle », environnementale ou sociale. De ce point de vue, le genre est une question d'homme, de femme, de masculin, de féminin, mais aussi d'une multitude d'autres caractéristiques simplement humaines, comme si le genre était un spectacle intérieur et extérieur que l'on peut jouer¹⁷¹¹ à partir d'éléments que l'on possède tous¹⁷¹². Judith Butler

¹⁷⁰⁹ Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., pp. 49-51.

¹⁷¹⁰ Régine WAINTRATER (préf.), « De la destruction à la reconnaissance : une éthique de la relation », in Jessica BENJAMIN, *Imaginaire et sexe*, Payot, 2012, 253 p.

¹⁷¹¹ Hommes, femmes, hétérosexuels, homosexuels, plus ou moins en adéquation avec les normes de genre et de sexualité, nous jouons tous un rôle dans un monde peuplé de copies, sans que soient véritablement reconnus d'originaux, car « l'hétérosexualité offre des positions sexuelles normatives qu'il est intrinsèquement impossible d'incarner, et l'échec persistant pour s'identifier pleinement et sans incohérence à ces positions révèle l'hétérosexualité même non seulement comme une loi obligatoire, mais aussi comme une comédie inévitable », in Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., 281 p.

¹⁷¹² Serge-Samuel Hefez explique : « un de mes patients homosexuel me confiait récemment combien il aimait se sentir et se représenter mentalement comme un homme viril lorsqu'il pénétrait un partenaire, et comme une femme soumise lorsqu'il se faisait pénétrer. Preuve que c'est bien la bisexualité psychique, les identifications masculines et féminines, davantage que l'orientation sexuelle, qui coexistent en chacun de nous, et qui nous agissent intimement », in Serge-Samuel HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, op. cit., p. 120.

explique que cet aspect « performatif » du genre signifie qu'il n'est pas exprimé en actions, en gestes et discours, mais qu'il produit rétroactivement l'illusion d'un noyau interne lié au genre, et après coup l'illusion d'une essence féminine ou masculine¹⁷¹³. Ce qui interroge à travers l'obligation que nous fait notre environnement de choisir et de trancher entre masculin et féminin¹⁷¹⁴, entre hétérosexualité ou homosexualité, à s'enfermer dans un choix qui provoquerait la « mélancolie de genre »¹⁷¹⁵, c'est-à-dire un sentiment d'arrachement d'avoir dû abandonner la part opposée de notre orientation sexuelle. L'idéal de liberté pourrait donc être un affranchissement vis-à-vis des assignations de sexe ; affranchissement dont la seule idée suscite l'effroi, soulève un large faisceau de peurs irrationnelles qui sous couvert de protection d'un système « naturel » ancestral témoignent du conformisme qui sous-tend une bonne partie de la

¹⁷¹³ Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., 281 p.

¹⁷¹⁴ Concernant la masculinité et la féminité, Sigmund Freud établit que la masculinité et la féminité n'existent pas de façon pure (v. notamment le long développement introductif qu'il consacre à la différence masculin-féminin dans sa XXXIII^{ème} conférence d'introduction à la psychanalyse ; in Sigmund FREUD (1932), « La féminité », in *OCF P*, t. XIX, PUF 1995), elles ne relèveraient en rien d'une quelconque essence, mais bien d'une construction.

¹⁷¹⁵ Sigmund Freud affirme que la sexualité infantile est polymorphe, et cette assertion est en complète rupture avec l'idée d'un déterminisme purement biologique de la sexualité, aussi bien qu'avec l'idée d'une sexualité génitale et hétérosexuelle naturellement programmée. Il entend par ce qu'il nomme la « bisexualité originaire de l'enfant », des prédispositions masculines et féminines à l'œuvre dans les deux sexes, in Sigmund FREUD, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, trad. Philippe KOEPEL, Gallimard, Folio Essais, 1989, p. 161. La question se pose de savoir ce que Freud entend par « prédisposition masculine et féminine », et « bisexualité originaire ». Pour le comprendre, Sabine Prokhoris explique qu'« il faut d'une part ne pas se méprendre sur ce que signifie ouvert et *agissant* (...), le « flou » qui affecte les notions de genre, d'autre part prendre la mesure de ce qui se joue dans les identifications primaires, ces absorptions/traductions amoureuse initiales et initiatrices, *toujours actives*, sous les investissements d'objet. Toujours actives, cela veut dire ni dialectiquement « dépassées » (...), ni éteintes dans le développement de « stades ». Sur ce premier point, ce parti pris du « flou » relève du choix freudien de prendre appuis sur la confiance faite à l'usage ordinaire de la langue, pour ce qu'il offre de possibilités de réinterprétations – précisément parce qu'il est d'un seul tenant opaque et clair. (...) Cette recon fiance faite au « premier mot » comme disait Austin est ce qui permettra aussi qu'il ne soit jamais considéré comme « le dernier mot », c'est bien pourquoi il convient de maintenir vivant le « partage de l'incertitude » - tel est l'enjeu même du dispositif analytique. C'est là exactement que gît la plus puissante ressource critique de la psychanalyse, en matière de normes du genre en particulier – puisque ce que recouvrent ces notions - « masculin » « féminin » - ne saurait se voir défini une fois pour toutes » (...). Dire cependant que les termes de genre demeurent « flous », cela ne signifie pas pour autant qu'ils soient vides. Simplement qu'ils sont, pour une part, opaques et indécidables – signifiants énigmatiques transmis, comme disait Dante à propos de la langue vernaculaire, environnement sensible et signifiant initial, « avec le lait de ma nourrice ». Tributaires quant à leur teneur de l'usage partagé de la langue et des formes de vie qui s'y déposent, s'y transforment, s'y recréent à travers chaque vie qui entre dans le jeu commun, ils se transmettent dans et par des processus d'identification primaires », in Sabine PROKHORIS, *Au bon plaisir des docteurs graves*, PUF, 2016, pp. 88-89.

doctrine juridique, et à peu près tout le spectre de l'échiquier politique, plus soucieux d'ordre moral que d'intelligence du réel.

On peut imaginer un ordre juridique démocratique qui abandonnerait toute référence à la division binaire des sexes et des genres, alors la loi, ainsi que ce fut le cas pour la race, cesserait de prendre en considération le sexe des personnes pour lui attacher des conséquences juridiques ; et le sujet de droit sans genre deviendrait le principe gouvernant de la nouvelle grammaire sexuelle. La multiplication des genres pourrait alors se traduire juridiquement par le silence de la *privacy*¹⁷¹⁶ : chacun adopterait le genre qu'il souhaite, ce qui réglerait toute forme d'embarras quant à l'état civil notamment celui des personnes intersexes¹⁷¹⁷. Le sexe d'État enregistré par l'état civil est comme on le sait très discutable, et la question se pose au législateur de laisser le sexe aux choix relevant de la vie privée, un peu comme s'il relevait de la liberté de conscience. Voilà qui éviterait aussi à l'État de produire toute sortes de crimes et de délits qui ne disent pas leur nom : les mutilations sexuelles et les discriminations civiles qu'il prescrit, en tant qu'expert en « bon genre »¹⁷¹⁸.

Car si le nom de famille et le prénom individualisent et identifient le sujet de droit, pourquoi doit-il aussi être individualisé par le sexe, et en quoi l'idée d'absence de catégorisation sexuelle n'a-t-elle pas l'heur de séduire les producteurs de règles de droit, alors qu'elle servirait très certainement le projet politique d'égalité¹⁷¹⁹ jurisprudentiellement et constitutionnellement consacré¹⁷²⁰ ? De quel droit l'État, ne tolère-t-il de n'avoir affaire exclusivement qu'à des

¹⁷¹⁶ Robert Post, professeur de droit à l'université de Yale, distinguait en 2001 trois concepts de *privacy*, fondés respectivement sur la révélation indue de faits de la vie privée, l'atteinte à la dignité des personnes ou encore à leur liberté (Robert Post, « Three Concepts of Privacy », *Georgetown Law Journal*, 2001, 89, p. 2087-2098).

¹⁷¹⁷ Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, pp. 273-274.

¹⁷¹⁸ Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », in *Le genre une question de droit, op.cit.*, pp. 283-284.

¹⁷¹⁹ Marc PICHARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo) », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence *op. cit.*, p. 275 et p. 280.

¹⁷²⁰ L'art. 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, modifié par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, dispose que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Et son art. 3 énonce que « La devise de la république est « Liberté, Égalité, Fraternité ».

hommes et des femmes ; de quel droit sexue-t-il les personnes ? Quel sens cela a-t-il pour une société d'identifier les individus par une désignation sexuelle « naturellement » imposée par l'Institution ? L'identification obligatoire par le sexe, enregistrée à l'état civil, peut être mise en balance avec le fait que d'autres catégorisations sont considérées comme non-pertinentes, et même taboues (la couleur de peau par exemple) ; elle révèle la dimension culturellement construite et socialement performative du genre¹⁷²¹. Le phénomène de sexuation est général, et la distinction des sexes universelle, mais cette universalité ne constitue ni une explication, ni une justification. D'autant moins que les dispositions de droit civil *genderblind*, c'est-à-dire aveugles au genre, se multiplient, à l'instar de celles visant « toute personne », « chacun », ou encore « les époux »¹⁷²². La question de la pertinence de cette assignation du sexe par le droit est posée, au regard du système de domination qu'elle a contribué à instituer, en traçant la lisière du dicible et du licite, et elle se pose d'autant plus que « la fonction du droit n'est (...) jamais purement recognitive, mais toujours aussi constitutive » comme l'indique Danièle Lochak¹⁷²³.

Conclusion du Chapitre I

La manière dont le système juridique classe les individus selon un système binaire qui se réfère à des stéréotypes de sexe et de genre, implique de qualifier les identités sexuelles, sans tenir compte de la complexité et de la subtilité du réel humain. Les énoncés juridiques à travers les représentations qu'ils instituent, assignent des identités de genre sur un mode quasi ontologique. Ce dispositif qui s'attache à la différence des sexes, hypostasie la binarité sexuelle, il contraint à nommer les sexes de manière restrictive et myope¹⁷²⁴, il réduit l'identité sexuelle en excluant les exceptions au « principe », ou un élargissement des possibles, ce qui ne permet pas d'établir

¹⁷²¹ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, pp. 12-13.

¹⁷²² Expression authentiquement *genderblind* depuis la loi du 17 mai 2013 relative au mariage entre personnes de même sexe, ou plutôt, entre toutes personnes, puisque l'on ne saurait exclure celles dont le sexe n'est en réalité pas clairement identifiable.

¹⁷²³ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), Thémis, 2008, p. 659 et s., p. 661.

¹⁷²⁴ La pensée technico-rationnelle prédomine sur la pensée éthico-émotionnelle au sein d'un dispositif qui évacue du raisonnement juridique la dimension qualitative des situations humaines, in Peter GABEL, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *op. cit.*, p. 390.

un état civil authentique qui dirait la « vérité du sexe »¹⁷²⁵, notamment pour ceux qui se savent et se sentent profondément non-binaires¹⁷²⁶ : ni homme, ni femme, ni plus largement, masculin ou féminin.

La question de sortir de la binarité se pose¹⁷²⁷, et à cette fin, s'il conviendrait d'ajouter une seule catégorie à celles préexistantes, de multiplier les catégories, ou de les supprimer. Cette idée qui peut sembler fantaisiste ou marginale, n'est pas nouvelle¹⁷²⁸, elle conduit à s'interroger directement sur la manière dont le droit ceint et façonne les identités, non sans préjudices collatéraux. Mettre la construction juridique de l'identité sexuelle en adéquation avec le réel, impliquerait que le droit investisse un éventail de sphères susceptibles d'être multipliées à l'infini¹⁷²⁹, car les agencements individuels singuliers sont myriades, ils s'inscrivent dans la discontinuité et sont difficilement saisissables. C'est sans doute pourquoi Cyrille Duvert

¹⁷²⁵ Louis Ombredanne, anatomiste et chirurgien, professeur membre de l'Académie de médecine au début du 20^{ème} siècle, interrogé sur la pertinence de la déclaration du sexe à l'état civil, déclarait déjà que « ces dénominations supposent l'existence d'un *sexe vrai*. Or le critérium du sexe vrai n'existe pas. Il n'y a pas de sexe vrai », in Louis OMBRÉDANNE, « Le mariage des hermaphrodites », *Cahiers Laënnec*, 1947, n°2, p. 3 ; également in Louis OMBRÉDANNE, *Précis clinique et opératoire de chirurgie infantile*, 4^{ème} éd., Masson, 1932, p. 657.

¹⁷²⁶ Selon une étude YouGov réalisée pour « l'Obs », 14% des 18-44 ans se considèrent comme non-binaires (6% « oui, tout à fait », 8% « oui, plutôt »). Au-dessus de 44 ans, ils sont 8%, in sondage réalisé en ligne sur 1002 personnes représentatives de la population française, âgées de 18 ans et plus, en mars 2019, in Élisabeth PHILIPPE, « La révolution du genre », *L'Obs*, Cahier n°1, édition n°2838 du 27 mars au 3 avril 2019, p. 24.

¹⁷²⁷ Ainsi que Marcela Iacub l'expose quand elle rêve ouvertement à « à la plus radicale des utopies féministes, celle qui aspire à la disparition de la différence des sexes. Non pas de la vie quotidienne, certes, mais du droit : qu'être homme ou être femme ne soit plus jamais en rien source de droits ou d'obligations différentes. Alors peut-être, être homme, être femme, ou encore bien d'autres catégories intermédiaires ou latérales, apparaîtront comme un espace de construction, d'invention, comme une sorte de croyance, une ambiance, un style, une esthétique, un acte de foi », in Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, Points, Points Conte Sociologique, 2007, p. XI

¹⁷²⁸ Dès l'Antiquité, Ovide, dans *Les Métamorphoses*, décrit le devin Tirésias qui devient femme « pendant sept automnes », et de nouveau homme après avoir frappé deux serpents ; Montaigne évoque une certaine Marie devenue Germain à la suite d'un effort physique ; et Virginia Woolf, dans son roman *Orlando*, raconte l'histoire d'un chevalier qui s'éveille un matin dans son incarnation féminine. Le mot « non-binaire » est relativement récent, mais le phénomène qu'il décrit ne l'est pas. Karine Espineira, membre associée du laboratoire d'études de genre et de sexualité à l'université Paris-VIII et cofondatrice de l'Observatoire des Transidentités indique que le terme s'est formalisé au cours des années 2006-2007, dans l'évolution et le renouvellement de la pensée militante LGTB, et s'est propagé grâce à internet, notamment via les réseaux sociaux, sur Facebook, Twitter, et You Tube, qui ont permis la constitution de subcultures, au sens noble du terme.

¹⁷²⁹ Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2002/1, n° 50, p. 144.

soutient que « c'est dans le sens d'une abstraction croissante que s'oriente le droit contemporain de la famille, abstraction qui porte en germe la possibilité d'une indifférenciation complète des rôles qui pourrait par exemple conduire à ce que la mention de sexe à l'état civil devienne superflue »¹⁷³⁰. Mais en son état actuel, l'ordre sexuel qui nous identifie juridiquement constitue toujours, à l'aune de la binarité, non seulement une classification, mais encore, un commandement.

¹⁷³⁰ Cyrille DUVERT, « L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit », in *Différenciation et Indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Pascale Bloch, Cyrille Duvert, Natacha Sauphanor-Brouillaud (dir.), Economica, Études juridiques, 2006, p. 25 et s., p. 35.

Chapitre II

L'ordre comme commandement

L'ordre comme commandement constitue un concept juridique assez populaire, il consiste en une injonction imposée par l'autorité publique pour poser des actes ou les empêcher, grâce à des règles juridiques impératives ou permissives¹⁷³¹. En matière d'ordre sexuel, la loi paternaliste - celle du père, comme celle du législateur - compassionnelle, autoritaire, empreinte de connotations moralisatrices, s'est toujours crue investie d'un droit de regard sur les individus¹⁷³². Le crime sexuel est devenu en France, sous le gouvernement de Lionel Jospin, le facteur le plus important d'inflation carcérale, ce qui peut surprendre dans une société qui se veut sexuellement libérée¹⁷³³. Le crime de sodomie n'a été aboli qu'avec la dépénalisation de l'homosexualité par le premier Code pénal de 1791, au terme d'un long processus social et répressif¹⁷³⁴, et plus tard dans certains pays européens, notamment sous l'influence de la CEDH¹⁷³⁵. Mais il faut relever que la menace de poursuites sur le fondement de l'ancien délit d'« outrages aux bonnes mœurs »¹⁷³⁶ a longtemps condamné l'homosexualité à la clandestinité

¹⁷³¹ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 416.

¹⁷³² « Luxurieux point ne seras de corps ni de consentement », nous prévient le sixième précepte du Décalogue, tandis que le neuvième rappelle que « Œuvre de chair ne désireras qu'en mariage seulement », in Emmanuel, *Le sexe et la loi*, La Musardine, L'attrape-corps, 2019, p. 9.

¹⁷³³ Un quart de la population carcérale serait composée de criminels sexuels. Cf. Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, op. cit., p. VIII.

¹⁷³⁴ D'abord la définition de la sodomie concerne globalement les homosexuels masculins, puis on observe une mutation des discours sur leurs pratiques sexuelles et affectives. Ensuite, le crime de sodomie est rarement appliqué. Son abolition en 1791 consacre une évolution qui la fait passer d'une pratique interdite à la stigmatisation d'un personnage.

¹⁷³⁵ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon contre RU*, n° 7525/76.

¹⁷³⁶ Bonnes mœurs alors définis par les pénalistes comme « tout ce qui tend à dégrader le sens moral en éveillant, hors de propos, l'instinct sexuel ou en l'orientant vers des fins anormales », in André Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982, n°1886.

sous peine d'opprobre social (« mon fils je ne veux pas de pédé chez moi ! »), et sans que la justice ne laisse pour autant les homosexuels en paix¹⁷³⁷.

Aujourd'hui, nos pratiques sexuelles un tant soit peu « libérées » n'échappent toujours pas à la norme et aux jugements de tous acabits. À l'aube du troisième millénaire, ceux qui détiennent le pouvoir (le père, la mère, l'État) restent habilités à qualifier l'identité sexuelle de chacun, et décident de ce que l'on a le droit de faire - ou non - avec son sexe, au nom d'un « bon ordre des choses » enchâssé dans une gamme de critères normalisants (le *rapport Kinsey*¹⁷³⁸ et ses innombrables émules a longtemps fait référence) qui consacrent, tolèrent, ambitionnent de protéger, jusqu'à un certain point libèrent, mais en même temps prescrivent, contraignent, et confinent.

Il reste que la sexualité est juridiquement et psychanalytiquement langage et représentation, désir et frustration, et que la normativité attachée à ces deux discours a évolué. Depuis quelques décennies, le principe de liberté en matière sexuelle a été affirmé comme une dimension intégrante du droit au respect à la vie privée par le juge de la CEDH. Et les travaux de la psychanalyse ont connu une évolution tout aussi considérable, en modifiant leur discours sur la perversion¹⁷³⁹, moins normatif et moralisateur. On pourrait croire que le droit du sexe contemporain est dans une belle avancée libérale, ouvrant vers toujours plus de tolérance. Mais

¹⁷³⁷ Cons. const., 19 décembre 1980, n° 80-125 DC, loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs. En 1982, la gauche mitterrandienne mettait un terme à la discrimination de majorité sexuelle qui la donnait dès 15 ans aux hétérosexuels mais à 21 ans seulement aux homosexuels, c'était un premier pas.

¹⁷³⁸ Les rapports Kinsey, fruits des recherches du docteur Alfred Charles Kinsey, professeur d'entomologie et de zoologie, surnommé le « Freud américain », sont deux livres, l'un publié en 1948 sous le titre de *Sexual Behavior in the Human Male* (Le Comportement sexuel de l'homme), et l'autre publié en 1953 sous le titre de *Sexual Behavior in the Human Female* (Le comportement sexuel de la femme). Après avoir interrogé des milliers de personnes sur un mode très intime, Kinsey dévoile des informations dont, à l'époque, la révélation fascine : près 98 % des hommes ont un rapport sexuel avant le mariage, 50 % des hommes mariés ont des liaisons extraconjugales, 92 % des hommes se masturbent et que 37 % des américains ont eu au moins une expérience homosexuelle.

¹⁷³⁹ La psychanalyse a été particulièrement subversive en ses débuts, quand elle a sexualisé l'enfant et a « infantilisé » la sexualité de l'adulte. Mais elle a à plaider coupable aujourd'hui quant à son aveuglement devant les effets de la modernité : Jean Allouch souligne que « Les dépathologisations désormais plus si récentes de l'homosexualité, suivies de celle du transsexualisme et d'autres prétendues « maladies » n'ont pas été le fait de l'analyse mais de militants qui ont fait « mouvement » (au deux sens de cette expression) et auxquels l'analyse et sa comparse la psychiatrie, ont bien dû emboîter le pas », in Jean ALLOUCH, « Dépathologisations : homosexualité, transsexualisme ... quoi d'autre ? », in *Actualité de la psychanalyse* (dir. Gisèle Chaboudez, Claire Gillie), Toulouse, Érès, p. 388.

l'Ordre demeure, il pose des limites aux pulsions et à la jouissance¹⁷⁴⁰. Et on se demande si en fin de compte, il n'est pas plus contraignant que jamais. Il est en apparence moins impératif, plus bienveillant et tolérant, tenant compte de la diversité des situations, et en même temps la surveillance¹⁷⁴¹ de nos pratiques se renforce¹⁷⁴².

La sphère d'influence du droit pour tout ce qui concerne ses fonctions et ses effets dans l'ordre sexuel contemporain, s'est répandue à la manière d'une sorte de vulgate, depuis les magazines scientifiques aux journaux et aux débats d'actualité, en passant par les pouvoirs publics. Une partie de la doctrine lui a conféré une fonction de structuration psychique des individus, ce qui signifiait que non seulement les normes juridiques, comme tout énoncé impératif, étaient censées avoir des conséquences sur la vie psychique - et donc sexuelle - des personnes, mais encore, que la finalité du droit était de participer à la construction de leur équilibre mental en produisant des normes particulières¹⁷⁴³. Cette position pouvant passer pour une attitude éthique, a un temps orienté la création du droit par le législateur et le juge qui ont pu fonder quelques préjugés politiques sur des cautions vaguement empruntées aux sciences humaines, visant à protéger « l'ordre symbolique ». C'est ce que Michel Foucault a appelé le « pouvoir pastoral » dans lequel il voyait une technologie politique à la frontière du droit positif, et dont la « discipline sexuelle » connaît, entre autres, une actualisation remarquable.

Ainsi, s'intéresser à l'idéologie véhiculée par le système juridique en matière de sexe, de sexualité et de genre, c'est rechercher ce qu'il fait effectivement, et singulièrement : avec des outils qui lui sont propres, il se rapporte à des réalités qu'il oriente, commande, et dénature parfois puissamment en inventant des procédés de qualification qui, s'ils lui confèrent une puissance de gouvernement du monde, ne peuvent plus aujourd'hui se réduire à des concepts fermés sur eux-mêmes. Quand le droit abolit toute extériorité à lui-même, devenant la seule

¹⁷⁴⁰ Toute culture se caractérise en effet par l'élaboration d'un certain nombre d'exclusions, et l'individu se constitue face à une dimension culturelle qui, ainsi que l'expose Sigmund Freud, sépare ce qui est permis de ce qui est exclu. La culture s'édifie donc nécessairement sur la contrainte et le renoncement pulsionnel, v. Sigmund FREUD, *Malaise dans la civilisation*, Seuil, Points, Essais, 2010, 185 p.

¹⁷⁴¹ Une surveillance qui permet l'instauration de mécanismes de régulation et de sécurisation du champ social qui investissent tous les domaines de la vie humaine.

¹⁷⁴² Cf. *Tous surveillés, 7 milliards de suspects*, réalisé par Sylvain LOUVET et Ludovic GAILLARD, *op. cit.*

¹⁷⁴³ Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Epel, Essais, 2002, p. 10.

convention - bénéficiant du pouvoir de la violence légitime¹⁷⁴⁴ - qui rend intelligible l'univers des sexes, avec une force suffisante pour s'imposer à tous en tant que « régime de vérité », une forme de schisme entre le droit et le monde non juridique du réel se dessine. Et la violence intrinsèque à la loi confère au droit une place prépondérante dans la distribution des configurations de pouvoir selon une grammaire politique qui lui est propre, rendant certaines configurations possibles et d'autres impossibles, ne faisant pas forcément ce qu'il prétend, ou croit faire, quand il édicte certaines normes sexuées, comme entre autres la « parité »¹⁷⁴⁵ qui

¹⁷⁴⁴ Max Weber identifie trois sources de légitimité à l'acceptation de cette violence : la tradition, la croyance traditionnelle et le charisme de celui dont elle émane, in Max WEBER, *Économie et société*, tome 1 : Les catégories de la sociologie, (1921), trad. de l'allemand par Éric Dampierre, Pocket, 1995, p. 95.

¹⁷⁴⁵ Le premier projet de loi présenté en 1982, afin d'instaurer des quotas par sexe, mettait l'accent sur les différences « essentialistes » entre les hommes et les femmes, et le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe I*, le 18 novembre, avait rappelé, en se fondant sur l'article 3 de la Constitution de 1958 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que « du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux ». Une formule qui sera partiellement reprise dans la décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, *Quotas par sexe II*, dans laquelle le Conseil constitutionnel précisera encore qu'aucune distinction ne peut être opérée entre électeurs ou éligibles « en raison de leur sexe », cette discrimination reposant sur le genre, étant assimilable à d'autres discriminations interdites par l'article premier de la Constitution, comme celles d'identifier des groupes ou des minorités en se basant sur l'origine, la race ou la religion. Viendra ensuite la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 qui modifie les art. 3 et 4 de la Constitution, en rajoutant à l'art. 3 que la loi « favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives », et à l'art. 4 que « les partis et groupements politiques contribuent à la mise en œuvre de ce principe ». Puis sera votée la loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, pour assurer la parité dans les conseils municipaux des communes de plus de mille habitants. S'ensuit la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui modifie l'art 1^{er} de la Constitution, lequel dispose désormais que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». La loi du 27 janvier 2011 (loi n° 2011-103) fixait l'objectif minimal à atteindre en 2017 à 40% de l'un des deux sexes au sein des conseils d'administration et de surveillance des entreprises cotées et de celles de plus de 500 salarié(e)s et présentant un chiffre d'affaires d'au moins 50 millions d'euros. La loi du 12 mars 2012 (loi n° 2012-347) visait d'ici 2018, dans la fonction publique, la fixation d'un seuil de 40% de nominations de femmes aux emplois d'encadrement supérieur et dirigeant de la fonction publique, avec une première étape de 20% appliquée à partir de 2013, et un seuil de 40% de représentation dans tous les conseils d'administration, les conseils de surveillance ou les organes équivalents des établissements publics administratifs, les jurys de recrutement, les comités de sélection et les instances de dialogue social. La loi du 22 juillet 2013 étend la parité aux listes de candidatures ou pour les nominations aux instances décisionnaires de l'enseignement supérieur et de la recherche. La loi du 17 mai 2013 (loi n° 2013-403) a instauré le scrutin binominal – une femme et un homme – pour les élections départementales ; modification du scrutin pour les élections municipales et intercommunales visant à favoriser la parité : l'alternance stricte femme-homme est désormais appliquée aux communes de 1 000

est un exemple troublant dont Danièle Lochak se demande si elle est « stade suprême de l'universalité ou régression vers le différentialisme biologique »¹⁷⁴⁶.

Le déclin juridique de la notion de « bonnes mœurs » a permis que sortent du terrain pénal divers comportements désormais socialement tolérés et même banalisés¹⁷⁴⁷, notamment la sodomie. D'autres assez spécifiques sont devenus constitutifs d'infractions fortement pénalisées, c'est par exemple la « chasse » des amateurs de prostitution¹⁷⁴⁸, ou la délicate question de l'inceste¹⁷⁴⁹. Tout ceci en lien avec l'émergence d'un discours étatique très

habit- tant-e-s et plus, et la liste des candidat-e-s au conseil communautaire devra également respecter cette alternance. Enfin la loi du 4 août 2014 a généralisé le principe de la parité à travers l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités dans tous les secteurs de la vie sociale.

¹⁷⁴⁶ Danièle Lochak estime que dans une visée universaliste, la parité peut être considérée comme outil égalitaire, et non comme fin en soi. Elle suppose de catégoriser les personnes en tant qu'hommes et femmes, en renonçant à toute formulation universaliste de la norme, et la parité devient une forme de discrimination positive, temporaire. Dans une visée différentialiste, la représentation égale des hommes et des femmes apparaît comme une nécessité en soi, parce qu'hommes et femmes sont différents, mais en quoi dans la vie juridique ? La différence contingente à la pensée patriarcale, est vouée à disparaître tous auront acquis dans la société une place identique. Ce qui amène à l'idée que les normes juridiques deviennent tôt ou tard radicalement indifférentes au sexe et au genre : « Concernant l'inscription du genre dans la loi liée cette fois aux mesures prises pour corriger les inégalités entre hommes et femmes, il faut ici souhaiter que l'évolution des mentalités et des pratiques s'accélère au point de rendre inutile, à court ou moyen terme, toute forme d'action ou de discrimination positive et par là même toute référence spécifiques aux hommes et aux femmes dans la législation », in Danièle LOCHAK, « Dualité de sexes et dualité de genre dans les normes juridiques », in Mélanges Andrée Lajoie, Éditions Thémis, université de Montréal, 2008, 15 p.

¹⁷⁴⁷ En 1993 (loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale), nombre d'infractions ont été revisités ou rebaptisés (l'excitation de mineurs à la débauche est devenue la corruption de mineurs, l'attentat à la pudeur une agression ou une atteinte sexuelle, l'outrage public à la pudeur une exhibition sexuelle, etc.), d'autres ont disparu (la castration), certaines ont émergé (les tortures et actes de barbarie, le harcèlement sexuel, etc.), et des évolutions juridiques ont vu le jour, comme récemment le mariage pour tous, et le changement de sexe facilité pour les personnes transsexuelles.

¹⁷⁴⁸ Le droit de se prostituer est limité par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 qui vise à « renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées », tout en châtiant lourdement leurs clients.

¹⁷⁴⁹ Tellement délicate que le terme d'inceste ne figure *explicitement* nulle part dans le Code civil. À partir de l'interdit séculaire de l'inceste, la sexualité est apparue comme l'activité humaine décisive dont sont issus le monde normatif et la règle de droit. Maurice Godelier relève que « la prohibition de l'inceste consiste à faire du social avec du sexuel », in Maurice GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Albin Michel, Bibliothèque Idées, 2007, 292 p. L'inceste, tabou majeur, impose la renonciation au désir sexuel des membres d'une même famille à l'appui de l'exogamie fondatrice de l'humanité ; il est une explication du passage de la nature à la culture, comme l'indique Claude Lévi-Strauss : « la prohibition de l'inceste n'est ni purement d'origine culturelle, ni purement d'origine naturelle ; et elle n'est pas non plus un dosage d'éléments composites empruntés partiellement à la nature, et partiellement à la culture. Elle constitue la démarche fondamentale, grâce à laquelle, et par laquelle, mais surtout en laquelle, s'accomplit le passage de la nature à la culture », in Claude LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton,

interventionniste, officiellement moins au nom de la morale qu'au nom de la dignité de la personne humaine¹⁷⁵⁰ et de l'égalité entre les sexes - nonobstant une tension liée à la persistance de la « domination masculine ». Des comportements qui interrogent profondément la norme juridique. Sachant que la pulsion sexuelle a fondamentalement « quelque chose d'aveugle et de débordant »¹⁷⁵¹, ainsi que la psychanalyse a permis de l'établir, la loi, qui entretient avec le sexe un rapport ambigu, contient, surveillance, ordonnance et discipline (Section I), mais le fondement de son commandement est très discutable (Section II).

Section I

Une discipline du sexe

Le concept de genre renvoie aux dispositifs par lesquels le pouvoir, et son « arme » principale, le droit, saisit les individus, leur assigne une identité, les classe et les discipline¹⁷⁵². La discipline, du latin *disciplina*, l'action d'apprendre¹⁷⁵³, est un ensemble de règles, d'obligations, de lois, imposées aux membres d'une société, c'est-à-dire un ensemble de prescriptions générales ou particulières établies en vue de son fonctionnement¹⁷⁵⁴, pour faire régner l'ordre. C'est aussi

1967, p. 28. Pour la psychanalyse, c'est le passage de la horde primitive à l'échange de femmes qui marque le commencement de la culture et de l'humanité.

¹⁷⁵⁰ Un concept que les tribunaux ont pris le pli de manier, sans pour autant le définir. Le pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, émanant des nations Unies et ratifié par la France, considère que « la reconnaissance de la dignité humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la dignité est sous-jacente, notamment quand sont abordés les « traitements inhumains et dégradants ». Le Conseil constitutionnel a le 27 juillet 1994, dans sa décision « bioéthique », affirmé que la dignité humaine est un principe à valeur constitutionnelle. Et la loi française inclut dans différents textes le terme de « dignité », notamment dans l'article 16 du Code civil qui précise que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Quant au Code pénal, revu en 1993, il mentionne expressément les « atteintes portées à la dignité, dont la discrimination, le proxénétisme, les conditions de travail et d'hébergement.

¹⁷⁵¹ Ainsi que le relève Jean Clavreul, in Michel LISSE, « Excepté néanmoins du petit membre », in *Imaginaires du mal*, études réunies et présentées par Myriam WATTHEE-DELMOTTE et Paul-Augustin DEPROOST, Éditions du Cerf - Presses universitaires de Louvain, Théologies, 2000, p. 171.

¹⁷⁵² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁵³ D'où le terme de disciple.

¹⁷⁵⁴ V. « discipline », in Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 350.

l'aptitude d'une personne à se conformer, à se soumettre aux règles du groupe auquel elle appartient. Le concept de discipline s'appréhende comme une articulation aux réseaux complexes, entre savoir et pouvoir, à la manière d'une « capture mutuelle »¹⁷⁵⁵. Dans un contexte d'ordre sexuel, elle condense des formes d'emprise qui régissent le fonctionnement des corps et des esprits par la loi, par les usages sociaux. Cette régulation du sexe et de la sexualité par la loi est l'incarnation d'une manifestation du pouvoir répressif exercé par l'État, une forme de gouvernance qui produit des sujets sexuels censés s'autodiscipliner, tout en constituant en hors-la-loi sexuels ceux qui n'y parviennent pas.

En matière de sexe, le paradigme libéral - qui veut que la liberté de chacun n'ait d'autres bornes que la liberté d'autrui et les exigences impérieuses de la vie en société - ne règne pas pleinement¹⁷⁵⁶, et les règles juridiques ne s'affranchissent pas véritablement de conceptions morales du bien et du mal profondément ancrées, qui semblent encore prévaloir sur le droit de chaque individu à s'autodéterminer dans un État qui se voudrait éthiquement neutre. Les constructions étranges auxquelles le droit procède parfois témoignent, presque à la manière de symptômes, de la difficulté d'intégrer la sexualité dans un ordre commun. Or l'identité sexuelle est partie intégrante de la dimension des personnes¹⁷⁵⁷, et par extension, de la définition des couples qu'elles forment, et des rapports qu'elles entretiennent les unes avec les autres, par référence à des actes sexuels véritables, en eux-mêmes sources de droit. Une pression tant juridique que sociale s'exerce sur les individus dont l'identité sexuelle est disciplinée, régulée, via différentes formes de contrainte (I) assorties de formes de contrôle omniprésentes (II).

¹⁷⁵⁵ Driss BELLAHCÈNE, *Michel Foucault et le savoir pouvoir*, thèse de doctorat en philosophie, Université européenne, 2012, 280 p.

¹⁷⁵⁶ Cf. Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, Points, Points Conte Sociologique, 2007, 157 p.

¹⁷⁵⁷ Marcela Iacub explique que « Michel Foucault avait étudié la constitution de la sexualité à la croisée de savoirs comme celui de la psychiatrie et celui des technologies politiques de la norme. Il semble que le droit contemporain soit affecté d'un mouvement propre par lequel les actes et les aventures sexuelles d'un sujet deviennent de plus en plus des dimensions de sa personne, au point que notamment vendre ses services sexuels peut être considéré comme une forme de consentement à l'esclavage. Or ce mouvement qui cherche dans les aléas des organes (par vocation, métonymiques) du sexe la vérité des sujets, n'était-il pas, selon Foucault, à la source même de la « sexualité » comme domaine d'expérience historiquement déterminé », in Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, op. cit., p. 21.

I. Les formes de contrainte

« Lorsque le châtement est si sévère, alors que le mal est causé par le crime est tellement faible, voire douteux, on ne peut que soupçonner que les motifs déterminants ne sont pas ceux que l'on avoue »¹⁷⁵⁸.

Jeremy Bentham

La révolution sexuelle. La libération sexuelle. L'amour libre. Des expressions familières mais complètement équivoques, puisque le fantasme puissant qu'il serait possible d'avoir des relations sexuelles libres, sans aucune barrière, est irréalisable. L'État, paternaliste et moraliste¹⁷⁵⁹, intervient fréquemment et depuis des lustres dans la sphère de l'intime¹⁷⁶⁰ au motif de préserver notre humanité quelle que soit notre volonté. Nos comportements sont

¹⁷⁵⁸ Jeremy BENTHAM, *Essai sur la pédérastie* (1785), trad. Jean-Claude Bouyard, Questions de genre, 2002, p. 67.

¹⁷⁵⁹ Jean-François Gaudreault-Desbiens emploie la formule d'État-moraliste, in Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Le sexe et le droit*, Montréal, Liber, 2001, 173 p.

¹⁷⁶⁰ Au 19^{ème} siècle, toutes les conduites qui ressemblaient à des fautes morales et défiaient les normes en vigueur étaient qualifiées d'« excès des mœurs » : on réprouvait en vrac la fornication, l'homosexualité sous toutes ses formes, le stupre, le concubinage, l'inceste, le rapt, la sodomie, le viol, la bestialité, la débauche, la bigamie, l'adultère et autres abominations. Gabriel Tarde, juge, criminologue et sociologue, évoquait la « délictuosité voluptueuse » prête à basculer du côté de la « criminalité voluptueuse », in Gabriel TARDE, *La criminalité comparée, Empêcheurs de tourner en rond*, Sciences humaines grand format, 2004, p. 181). Le *Manuel secret des confesseurs* (Monseigneur BOUVIER, *Manuel secret des confesseurs*, préface d'Emmanuel Pierrat, Arléa, Les licenciés, 1999, 155 p.) réprimait même la délectation morose ou contemplative, c'est-à-dire les pensées « impudiques » (v. Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, La Musardine, L'attrape-corps, 2019, p. 7). Les « étrangetés » sexuelles, le « désordre des mœurs », les « déviations », les « perversions » ou encore les « hérésies morbides de l'instinct sexuel » (MARANDON de MONTYEL « Obsessions et impulsions », *Archives d'anthropologie criminelle*, XIX, 1904, p. 98.) sont considérés comme autant de « souffles de lascivité dissolvante qui font vibrer les cœurs, n'épargnent personne et annoncent même la fin de la civilisation » (Gabriel TARDE, *La criminalité comparée, Empêcheurs de tourner en rond*, Sciences humaines grand format, 2004, p. 181). L'immoralité en matière de sexe est perçue comme de la dépravation, c'est l'époque où des « experts de l'âme », entrent sur la scène judiciaire, chargés d'examiner la santé d'esprit des accusés et d'en décrypter les ressorts secrets (Frédéric CHAUVAUD, « L'invention des déviations sexuelles. De la violence à la débauche (1825-1914) », in *Archives de politique criminelle*, 2012/1, n° 34, pp. 7-22. L'ouvrage d'Ambroise Tardieu, *Les attentats aux mœurs*, paru en 1857, devient une référence du monde judiciaire. Huit grandes perversions sont retenues : l'inversion sexuelle, l'exhibitionnisme, le fétichisme, le sadisme et le masochisme, la bestialité, la nécrophilie, le satyriasis et la nymphomanie et enfin l'érotomanie, in Albert MOLL, *Les perversions de l'instinct génital*, Carré, 1893, 327 p. Quant aux femmes « à la recherche effrénée de la jouissance des plaisirs vénériens », un expert comme Henri Legrand du Saulle les catalogues hystériques (Henri LEGRAND du SAULLE, *Les hystériques*, Baillière et fils, 1883, p. 586).

disciplinés, la « liberté sexuelle » n'est garantie par aucun texte spécifique, si ce n'est comme composante de la liberté individuelle *lato sensu*, en tant qu'elle implique en principe le droit de disposer librement de soi, d'être respecté dans sa vie privée, familiale et conjugale¹⁷⁶¹. La trilogie sexualité, liberté, égalité est sous contrainte. Près de cinquante années après les slogans « jouir sans entrave », et « il est interdit d'interdire » de mai 1968, qui avaient fait exploser la société corsetée et rigide d'après-guerre, la liberté érotique reste une utopie, une illusion.

La sexualité est omniprésente, nous baignons dedans depuis le début de notre existence : « Décrire l'entrée dans la sexualité, c'est s'apercevoir qu'on y était déjà. Un commencement suppose un acte inaugural que l'on pourrait isoler comme le premier pas, or nous sommes dans la sexualité, la psychanalyse l'a dit fortement, dès le début de notre vie. Les actes par lesquels elle s'annonce sont multiples »¹⁷⁶². Aujourd'hui, la sexualité semble s'échapper peu à peu du carcan qui l'a longtemps enserrée, et la liberté sexuelle s'étend en même temps que s'affaiblit le poids de la morale traditionnelle, cependant toujours circonspecte. La sexualité en soi sort des cadres ou des dispositifs dans lesquels on voudrait la reléguer, elle s'évade de la sphère privée et domestiquée. Au nom de quels impératifs la restreint-on légitimement ? Plus présente, elle est aussi plus standardisée, rationalisée, subordonnée au contrôle juridique et social de la vie privée, et des interrogations demeurent quant aux principes qui régissent les libertés en matière de sexe : entre la police des conduites sexuelles (A), et la politisation des orientations sexuelles (B) l'encadrement juridique de la sexualité reste teinté de préjugés, de présomptions et d'opinions qu'une certaine psychanalyse qui se prend les pieds dans les discours normatifs a conforté par un discours étiologique.

¹⁷⁶¹ Gilles Lebreton, qui s'intéresse au droit d'entretenir des relations sexuelles indique que « Le droit d'entretenir des relations sexuelles n'est garanti par aucun texte. Mais son existence est incontestable dans la mesure où la jurisprudence n'hésite pas à l'affirmer, en l'analysant d'ailleurs comme une manifestation du droit à la vie privée plutôt que du droit de disposer de son corps », in Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^{ème} éd., Université, 2008, p. 264. Le principe de « libre disposition de soi » n'est lui-même pas reconnu par un texte de droit positif, et se déduit du principe complètement général de liberté, cette liberté étant par ailleurs sérieusement bornée par le principe d'indisponibilité du corps humain, par la sacralisation de la vie, par le respect de la dignité humaine à laquelle il ne peut être porté atteinte même par soi-même sur sa propre personne, par la volonté de protéger les personnes dites vulnérables contre un consentement donné inconsidérément, etc.

¹⁷⁶²Jean-Marie FIRDION, « Lagrange (Hugues), Lhomond (Brigitte) - L'entrée dans la sexualité. Le comportement des jeunes dans le contexte du sida », *Population*, vol. 52, n° 6, 1997, pp. 1539-1548.

A. La police des conduites sexuelles

À l'ère de la compréhension des mécanismes physiques et psychiques de la sexualité, il est acquis que les conduites sexuelles¹⁷⁶³, fruits d'interactions entre individus, sont régies par des codes sociaux, régulées par les institutions, mais également qu'il n'est pas de limites psychiques distinctes qui puissent enfermer une vie sexuelle même dite « normale »¹⁷⁶⁴. Le sexe est partout¹⁷⁶⁵, et, entre la banalisation de la sexualité et ses problématisations spécifiques, entre une régulation de droit commun et un régime d'exception, les pratiques sexuelles les plus variées ne cessent d'interroger la norme juridique en difficulté quand il s'agit d'assumer certaines valeurs fondatrices de la modernité¹⁷⁶⁶ mais aussi de l'humanité¹⁷⁶⁷.

Une forte dissension entre la liberté sexuelle et la dignité humaine, entre le principe de l'égalité des sexes et la réalité de la domination masculine, sous-tend la manière dont le droit se saisit des conduites sexuelles dans leur globalité - non sans une certaine « panique morale », selon l'expression de Ruwen Ogien¹⁷⁶⁸ - jusqu'aux « déviances » par rapport à la sexualité

¹⁷⁶³ Considérablement modifiées par Internet qui y introduit une part de virtuel.

¹⁷⁶⁴ Sigmund FREUD, *Trois essais sur la théorie sexuelle* (1905), Gallimard, 1989, p. 33.

¹⁷⁶⁵ L'idée de « souci de soi » mise en avant par Michel Foucault quand il développait de grands thèmes comme la sexualité, et le corps (v. *Dits et Écrits*, II, 1976-1988, Gallimard, Quarto, 2001, 1736 p. ; v. aussi *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, 1994, 248 p.), amène à concevoir la sexualité comme un élément essentiel de notre liberté de vivre : elle est une élaboration unique et fondamentale pour chacun, un processus de construction du désir et de création de vie culturelle et sociale.

¹⁷⁶⁶ Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, p. 7.

¹⁷⁶⁷ L'inceste, en dépit du caractère majeur de son interdit, n'est pas sanctionné par une disposition pénale *explicite*, il n'est la circonstance aggravante de nombre d'infractions (viol, et autres agressions sexuelles), que depuis 2016 (art. 222-31-1 C. pénal, modifié par la Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 : « Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait. Le terme d'« inceste » n'est pas non plus clairement et *explicitement* énoncé dans le Code civil, alors que le mariage et le Pacs sont empêchés (art. 161, 162 et 163 C. civil.) quand l'inceste est dit « absolu » et non « relatif » (l'inceste dit « absolu » concerne l'union de personnes dont la prohibition ne peut pas être levée par une dispense du Président de la République, c'est l'inceste entre parents en ligne directe, ou entre frère et sœur ; il est dit « relatif » quand il peut être levé, dans les cas prévus par l'art. 164 C. civil), et alors qu'il est impossible d'établir une filiation incestueuse.

¹⁷⁶⁸ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2019, p. 21.

considérée comme « normale » et « bonne »¹⁷⁶⁹. Juridiquement, la légitimité sexuelle se trouve dans la capacité de choisir et de consentir. Psychanalytiquement, cette légitimité se situe dans le désir, ce « premier mouvement de l'âme » comme le décrit Laurent Assoun¹⁷⁷⁰.

La liberté sexuelle émerge à la surface du droit plutôt *négativement*¹⁷⁷¹, principalement traitée par le droit pénal, en lien avec une série de contraintes : elle s'analyse comme la possibilité de connaître des pratiques sexuelles qui ne sont *pas interdites* par l'ordonnement juridique en vigueur. La sexualité est en effet très peu visible dans les lois et les codes, sauf dans le Code pénal. Certaines pratiques sexuelles non conformistes entre adultes qui souhaitent s'y adonner pleinement peuvent en effet toujours tomber sous le coup de la loi comme étant du « mauvais sexe », sans que cette violence institutionnelle, paraisse à première vue être contraire aux principes de respect des droits de l'homme. Au nom du bien-être de chacun, l'État considère *in abstracto* que certains choix sexuels sont mauvais car manifestement contraires à l'amour de soi. Ainsi, si l'État est le garant de notre consentement, le législateur en restreint en même temps la portée, quand certaines pratiques - créatrices d'un discours propre au sens politique et social - sont considérées comme trop « en résistance » au regard de la norme, un peu comme le si le « profane » résistait au « sacré ». Or, en imposant des restrictions à certains comportements sexuels qui ne nuisent à personne, contre la volonté des intéressés, et au nom de leur propre dignité, l'État porte atteinte à la dignité la plus intime qui soit, et cela semble d'autant plus paradoxal que l'autonomie personnelle est juridiquement appréhendée comme « la possibilité reconnue au sujet de poser sa propre norme », c'est même un principe « placé au service de

¹⁷⁶⁹ Paul-Laurent Assoun indique que l'homme est incurablement désirant, gérant par le fantasme le ratage du réel : « tout cela est l'imagination qui vient au désir pour tenter de faire comme si la situation primitive était réalisable ». Là où le « surmoi » censure les exigences du « ça », le droit suit le mouvement en contractualisant le désir, il contient et contraint l'admissibilité du consentement, il récuse le désir de subir des pratiques sadiques au-delà du « raisonnable », la volonté d'entretenir des rapports sexuels moyennant rétribution, l'envie « indigne » de s'adonner à la pornographie, etc., cf. Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, pp. 186.

¹⁷⁷⁰ Parce que, ainsi que l'explique Laurent Assoun, « le désir est bien premier mouvement, *primum movere*, de l'âme (...) soit comme « passion primitive », « agitation de l'âme » (Descartes), (...) soit comme faculté pratique (Kant), soit comme mouvement de la conscience de soi (Hegel). Le désir touche donc à la racine même de la détermination « pratique » : c'est l'âme en actes », *in* Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse, op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁷⁷¹ Danièle Lochak et Daniel Borrillo soulignent que « le droit d'entretenir des relations sexuelles et de choisir sa sexualité est protégé « négativement » comme élément de la vie privée à l'abri (relatif) des ingérences de l'État », *in* Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, 238 p.

l'épanouissement de la personne »¹⁷⁷². Mais les invocations de la dignité et de l'ordre symbolique semblent constituer pour les praticiens de l'Art, un ordre impératif transcendant, susceptible d'anéantir nombre de prétentions subjectives de l'individu sur son corps et sur sa manière de vivre¹⁷⁷³.

Une sorte de théorie du consentement¹⁷⁷⁴ - éclairé qui plus est¹⁷⁷⁵ - s'est mise en place et délimite de façon centrale l'espace de cette liberté. Mais pas seulement, car l'autoritarisme d'État se mêle de notre sexualité qui dans la réalité n'est pas aussi « disponible » qu'on aime à le croire. Si certaines conduites ont été dépenalisées au nom de la non-immixtion de la loi dans ce qui relève de la vie privée, la licéité de certains comportements reste réduite par la nécessité de protection de ceux dont le consentement demeure suspect. Dans son cours « Subjectivité et vérité » (1980-1981), Michel Foucault observait que la sexualité est un remarquable terrain de dévoilement de la vérité, et que la psychanalyse est un moyen de découverte, elle amène à un savoir sur son désir¹⁷⁷⁶. Un désir parfois irrationnel que le droit ne veut pas toujours envisager et encore moins reconnaître, alors même qu'il fonde des comportements.

Olivier Cayla souligne par exemple que là où est évoqué « le plaisir de la peine »¹⁷⁷⁷, la justice porteuse de jugements de valeur, impose une morale qui réduit l'autonomie individuelle¹⁷⁷⁸ en matière de préférences sexuelles. De manière plus concrète et explicite, là où elle ne voit que

¹⁷⁷² Diane ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, Recueil Dalloz, 2005, chronique, pp. 1509.

¹⁷⁷³ Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁷⁴ V. Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Geneviève FRAISSE (préf.), Éric FASSIN (postface), Éditions La découverte, Institut Émilie du Châtelet (IEC), 2010, 333 p.

¹⁷⁷⁵ L'individu qui consent doit être parfaitement et complètement informé de ce à quoi il consent, et il doit y consentir sans aucune contrainte économique ou morale. Or on relève qu'au sens psychanalytique la notion de contrainte morale est infiniment complexe, et que le consentement n'est jamais véritablement éclairé puisque l'inconscient guide et domine le conscient en sous-main.

¹⁷⁷⁶ Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, p. 38.

¹⁷⁷⁷ Olivier CAYLA, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », in Daniel Borrillo, Danièle Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, pp. 89-106.

¹⁷⁷⁸ Olivier Cayla écrit aussi que : « La liberté de l'individu se pense donc utilement comme une liberté à l'égard de sa propre nature. (...) Cette modernité individualiste et artificialiste (...) pense la personne comme étant le construit de la volonté et non pas le donné de la nature, ou, plus précisément, comme le produit de la technique juridique et non pas comme une qualité ontologique de l'être humain que le droit devrait se contenter de consacrer », in Olivier CAYLA et Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Le Débat, 2002, p. 78.

sadisme sexuel, là où elle punit le sadique sexuel, même si son partenaire masochiste « consent », elle dénie l'existence du désir et du plaisir masochiste¹⁷⁷⁹. Or dénier ce désir qui peut précisément consister en le fait que le consentement du partenaire dominé soit outrepassé par le partenaire dominant, amène le juge à refuser de voir que le désir n'est pas forcément en quelconque lien avec le consentement, et que le consentement juridique pourrait être envisagé, en fonctions d'agencements particuliers, sous l'angle plus « intérieur » de l'intentionnalité. Le déni de ce désir « hors norme » permet au juge d'amoindrir le concept d'autonomie¹⁷⁸⁰ - concept par ailleurs largement remis en cause par la psychanalyse selon laquelle l'idéal d'autonomie est inaccessible¹⁷⁸¹ - et par extension, de porter atteinte à celui de dignité ; deux concepts qui dans ce cas précis ne s'apparentent plus l'un et l'autre qu'à des formules aussi creuses que floues¹⁷⁸². Même si la CEDH reconnaît explicitement le droit de tout individu à « l'autonomie personnelle »¹⁷⁸³, c'est-à-dire à la faculté de se gouverner selon ses propres lois¹⁷⁸⁴, en matière de sexe « anormique », on voit bien que le droit rend ce concept d'autonomie aussi fictionnel qu'il peut l'être au sens psychanalytique.

On peut s'interroger aussi sur le principe même des relations sadomasochistes qui consiste, pour le sadique et le masochiste, en le fait de s'octroyer réciproquement le droit à une jouissance absolue à travers des agissements qui juridiquement se rapprochent du *jus utendi et abutendi*,

¹⁷⁷⁹ CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c./ Royaume Uni*, 19 février 1997, 21627/93 et autres.

¹⁷⁸⁰ Serge Pautot, l'ancien avocat de Manuel Wackenheim, le nain fameux de l'affaire dite du « lancer de nain » (CE, Ass, 27 octobre 1995, Morsang-sur-Orge, n° 136727, publié au recueil Lebon) explique : « Avant ce show, partout où il allait, on lui disait : “ Désolé, trop petit mon ami, rien pour vous “. Il avait trouvé une dignité, même si certains esprits estimaient que c'était dégradant ». « Je ne voulais pas devenir célèbre, juste avoir mon truc à moi », renchérit Wackenheim. « Le Conseil d'État décide du bonheur des gens contre leur gré », regrette Serge Pautot, in Quentin GIRARD, « Manuel Wackenheim, cloué au sol », *Libération*, 30 janvier 2014.

¹⁷⁸¹ La psychanalyse conçoit le chemin vers l'autonomie comme la reconnaissance des multiples dépendances qui nous investissent, et dans lesquelles nous nous perdons, dépendances liées à notre histoire et à ce que nous sommes. Devenir autonome au sens de la psychanalyse, c'est admettre que l'on ne peut être maître de soi-même et tout contrôler, c'est découvrir que l'on est plus hétéronome qu'autonome. Le sujet autonome est un mythe. La cure analytique est un long travail de désillusion qui permet seulement, et éventuellement, d'accéder à *une certaine forme* de liberté. L'autonomie n'est jamais parfaite, elle est à gagner par rapport à soi-même, dans une réflexion sur sa capacité d'agir qui n'est pas « le pur jaillissement des lois que je me donne, mais un processus de prise de distance avec une impulsivité première », in Jacques ARÈNES, « L'individu autonome, du bon usage d'un mythe », *Études*, vol. 413, n° 11, 2010, pp. 485-494.

¹⁷⁸² Olivier CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », in *Le Monde*, 30 janvier 2003.

¹⁷⁸³ CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c./ Pologne*, § 107; CEDH, gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c. / Royaume-Uni*, § 71.

¹⁷⁸⁴ Du latin *autonomos* : qui se gouverne par ses propres lois.

c'est-à-dire du droit d'user et d'abuser, familier du droit de la propriété. « Droit » qui ramène à la conception lockienne de l'homme, suivant laquelle l'homme, social par nature, serait propriétaire de lui-même - de tout ce qu'il a en propre, comme son corps¹⁷⁸⁵ et son esprit, et *ipso facto* son plaisir -, pourvu de droits naturels qu'aucun législateur n'a créés. Des droits garants de son individualité, de sa personnalité, de ses sensations, de ses sentiments, de ses émotions, de sa qualité d'être unique qui n'est pas fonction d'une quelconque convention. Droits sans lesquels il n'est en fin de compte que le simple usufruitier de sa vie¹⁷⁸⁶ dont la pleine propriété revient à l'État.

Autre sujet complexe, saturé de préjugés et de paradoxes, assorti de nombreux stéréotypes, la prostitution, théoriquement libre, mais dont l'abolition a fait l'objet de « croisades appuyées »¹⁷⁸⁷, et qui reste largement stigmatisée¹⁷⁸⁸, aux confins de la légalité. Cet objet juridique nébuleux, aux visages infiniment divers, que la loi ne s'embarrasse pas à définir¹⁷⁸⁹ - la jurisprudence tout au plus s'y est-elle attelée¹⁷⁹⁰ - recèle toujours beaucoup de contradictions

¹⁷⁸⁵ Cf. Pierre BERLIOZ, « Le corps, propriété de la personne », et « « De la propriété du corps », in Pierre Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, respectivement pp. 123-129 et pp. 505-510.

¹⁷⁸⁶ V. Daniel BORRILLO, *L'homme propriétaire de lui-même ?*, thèse de doctorat de l'Université de Strasbourg, Ateliers de Lille, 1992. Daniel Borrillo explique que l'église n'hésite pas à se servir de la figure de l'usufruit : le Pape Pie XII dans son *Allocution aux participants du VIIIème congrès international des médecins à Rome* le 30 septembre 1954, proclamait que « L'homme n'est que l'usufruitier, non le possesseur indépendant et le propriétaire de son corps et de tout ce que le créateur lui a donné pour qu'il en use et cela conformément à la nature », in Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, p. 14.

¹⁷⁸⁷ Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁸⁸ Gail PHETERSON, *Le prisme de la prostitution*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, 216 p.

¹⁷⁸⁹ Étymologiquement, le verbe prostituer est issu du latin *prostituere*, de *pro*, devant, et *statuere*, placer, poser. Ainsi, prostituer signifie à l'origine « placer devant, exposer aux yeux de », ou encore « livrer à des activités sexuelles par intérêt », voire « dégrader, souiller » ; v. « prostituer », in Alain REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française. L'Origine et l'Histoire des mots racontés par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, p. 1887. Le terme de prostitution issu du latin *prostitutio*, signifie le fait de se livrer à la débauche, d'user d'une « chose » façon dégradante (Montaigne, 1588). Quant à la « débauche » proprement dite, elle consiste en une « pratique excessive et jugée moralement condamnable des plaisirs sensuels », in Alain REY (dir.), *Dictionnaire Historique de la Langue Française. L'Origine et l'Histoire des mots racontés par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, p. 634. Le lexique des termes juridiques Dalloz définit la prostitution comme l'activité d'une personne, de l'un ou l'autre sexe, qui consent habituellement à pratiquer des rapports sexuels, en échange d'une rémunération », mais cette entrée dans le lexique est d'emblée intitulée « Prostitution (lutte contre la) », in Serge GUINCHARD (dir.), Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2019, p. 867.

¹⁷⁹⁰ Seulement en 1996 : « La prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, de manière à satisfaire les besoins d'autrui », Cass crim., 27 mars 1996, Bull. crim., n° 138, RSC, 1996, p. 853, note Mayaud.

qui fragilisent ceux qui exercent la prostitution, faisant d'eux des victimes *per se* du fait de la pénalisation globale de leur clientèle¹⁷⁹¹ comme si cette demande de sexe intrinsèquement humaine et après tout anodine, dégradait la condition humaine dans son ensemble¹⁷⁹².

On pourrait croire que toute personne peut monnayer ses faveurs sexuelles, et en faire sa profession, mais l'État réprime cette activité « blâmable » de manière détournée, significative de sa grande difficulté à assumer le principe de neutralité éthique¹⁷⁹³ en matière sexuelle : la prostitution n'est pas un moyen « digne » de vivre, aucune personne ne peut raisonnablement choisir de se prostituer¹⁷⁹⁴, ce désir est inévitablement considéré comme le fruit d'une volonté aliénée. En revanche, les revenus de la prostitution sont bien taxés, cet impôt faisant de l'État le premier « proxénète », ce qu'indirectement le Conseil constitutionnel entérine¹⁷⁹⁵.

Par ailleurs, considérer qu'une personne ne peut disposer complètement librement de son corps pour se prostituer (entre autres conduites sexuellement honteuses) ne revient-il pas à la traiter, sur le plan juridique, comme une incapable, et sur le plan psychanalytique, comme une enfant à laquelle on imposerait une « tenue » sexuelle particulière ? La mise en place d'un ordre public

¹⁷⁹¹ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées.

¹⁷⁹² Gail Pheterson soutient que les concepts mêmes de « prostitution » et de « prostituée » sont des « instruments sexistes de contrôle social, inscrits de façon rigide et envahissante dans les pratiques légales discriminatoires, les biais de la recherche scientifique, les défenses psychiques, les préjugés et, au niveau le plus fondamental, dans les rapports entre les sexes (...) », et qu' « examiner les mécanismes qui sous-tendent un tel engrenage dans la légitimation de l'injustice amène sans cesse à quitter le domaine spécifique du travail sexuel effectué par des femmes pour parvenir au domaine plus général de la lutte des femmes pour l'autonomie économique, corporelle, sociale et sexuelle », *in*

Gail PHETERSON, *Le prisme de la prostitution*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, p. 11.

¹⁷⁹³ Si l'on conçoit que l'individu peut mener sa vie comme il l'entend et que ce qui doit être légitimement interdit est ce qui nuit à autrui, alors l'éthique n'a de sens que limitée.

¹⁷⁹⁴ Cette pensée « illibérale » (l' « illibéralisme » étant selon Pierre Rosanvallon une culture politique qui disqualifie *en son principe* la vision libérale du monde, *in* « Fondements et problèmes de l' « illibéralisme » français », Académie des sciences morales et politiques, 2001, <https://www.asmp.fr/travaux/communications/2001/rosanvallon.htm>) prétend que certains choix ne peuvent être le fruit que d'une conscience aliénée, conditionnée par des contraintes extérieures.

¹⁷⁹⁵ En réponse à une QPC portant sur la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution reçoit le Conseil constitutionnel indique en date du 1^{er} février 2019 que « (...) le législateur a entendu, en privant le proxénétisme de sources de profits, lutter contre cette activité et contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, activités criminelles fondées sur la contrainte et l'asservissement de l'être humain. Il a ainsi entendu assurer la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre ces formes d'asservissement et poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions », *in* Cons. Const., 1^{er} février 2019, n°2018-761 QPC.

sexuel moralisant, utilisé contre le désir le plus intime de l'individu, à savoir son rapport à lui-même, ne paraît légitime que de manière tout à fait exceptionnelle, comme *ultima ratio*, mais depuis la loi de 2016¹⁷⁹⁶, le client de personne prostituée est pénalisé d'une amende de 1500 €¹⁷⁹⁷ qui passe à 3750 € en cas de récidive avec inscription au casier judiciaire. Quand la personne prostituée est mineure, ou particulièrement vulnérable, le client est passible d'une peine d'emprisonnement de trois ans et de 45.000 euros d'amende et jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 100.000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans. Les peines complémentaires sont donc les mêmes que celles prévues pour le proxénétisme¹⁷⁹⁸. *Res ipsa loquitur*¹⁷⁹⁹. Considérer la prostitution comme une affaire sociale, une question d'emploi et une lutte d'émancipation, constituerait un écart radical au regard des idéologies dominantes

¹⁷⁹⁶ C'est la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, avant le vote de laquelle il n'apparaît pas que des associations de personnes prostituées ait été consultées. La prostitution n'est pas illégale, le délit de racolage a été abrogé, mais les contraventions vont bon train pour qui a recours aux services d'une personne prostituée.

¹⁷⁹⁷ Art. 611-1 C. pén. (créé par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 art. 20) : « Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe. Les personnes physiques coupables de la contravention prévue au présent article encourent également une ou plusieurs des peines complémentaires mentionnées à l'article 131-16 et au second alinéa de l'article 131-17 ».

¹⁷⁹⁸ C'est l'art. 225-12-1 C. pén., modifié par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 : « Lorsqu'il est commis en récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11 le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de 3 750 € d'amende. Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse. C'est aussi l'art. 225-12-2 C. pénal, modifié par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 : « Les peines prévues au second alinéa de l'article 225-12-1 sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende : 1° Lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ; 2° Lorsque la personne a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication ; 3° Lorsque les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 4° Lorsque l'auteur des faits a délibérément ou par imprudence mis la vie de la personne en danger ou a commis contre elle des violences. Les peines prévues au second alinéa de l'article 225-12-1 sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans ».

¹⁷⁹⁹ La chose parle d'elle-même.

qui traitent la prostitution comme un problème relevant de la justice pénale, de la santé publique et de réformes sociales ayant pour objectif la réhabilitation de victimes impuissantes¹⁸⁰⁰.

Quant à la pornographie, elle est aussi indéfinie que la prostitution. Le juge américain Potter Stewart en disait globalement : « Je ne sais pas définir la pornographie, mais je sais la reconnaître »¹⁸⁰¹. Toujours connotée péjorativement, elle propose un florilège de représentations dites « obscènes » destinées à être communiquées au public, l'obscénité étant ce qui blesse la « pudeur et le bon goût »¹⁸⁰² par des représentations d'ordre sexuel, et qui crée une excitation sexuelle. De là à penser que ce qui crée une excitation sexuelle serait de « mauvais goût », il n'y a qu'un pas qu'Alain Robbe - Grillet franchit d'une boutade quand il dit que « la pornographie, c'est l'érotisme des autres ». Il est vrai, pour reprendre la pensée de Virginie Despentes, que l'« on se demande quand même ce qui se joue de si crucial dans le porno, qui confère au domaine du X un tel pouvoir blasphématoire »¹⁸⁰³. Les juristes cherchent à la distinguer d'une notion voisine comme l'érotisme¹⁸⁰⁴ - car il y aurait une représentation de l'acte sexuel acceptable, et une autre abjecte¹⁸⁰⁵ - la jurisprudence, fluctuante¹⁸⁰⁶, décide arbitrairement en quoi un message présente un caractère pornographique, et quand un tel

¹⁸⁰⁰ Gail PHETERSON, *Le prisme de la prostitution*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, p. 14.

¹⁸⁰¹ *Jacobellis v. / Ohio*, 1964, 378, US, v. Appendice relatif à l'évolution légale du traitement de la pornographie au Canada et aux États-Unis : 1821-1922, in Susan DWYER, *The problem of Pornography*, Belmont, Wadsworth Publishing Compagny, 1994, pp. 233-247.

¹⁸⁰² La pudeur est selon le dictionnaire Larousse, une « disposition à éprouver de la gêne devant ce qui peut blesser la décence, devant l'évocation de choses très personnelles, et en particulier, l'évocation de choses sexuelles ». Or, ce terme de pudeur a disparu du Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, on ne parle plus d'attentat à la pudeur, mais d'atteinte sexuelle sur mineur, et d'agression sexuelle. Cette évolution des mots montre que la manière de nommer les « mœurs » évolue, mais la hauteur de la criminalisation demeure constante.

¹⁸⁰³ Virginie DESPENTES, *King Kong Théorie*, Grasset & Fasquelle, 2006, p. 89.

¹⁸⁰⁴ Le mot « érotisme », du grec ἔρως, *érôs*, qui signifie « le désir amoureux », désigne dans leur globalité les phénomènes qui suscitent le désir sexuel.

¹⁸⁰⁵ Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, p. 11.

¹⁸⁰⁶ Danièle Lochak montre ce flou légal : « dans certains cas, les notions utilisées renvoient sans doute possible à des pratiques sexuelles. Il en est ainsi de la notion de pornographie qui intervient dans le classement des films X (...). Il reste *qu'en l'absence de définition donnée par le législateur, comme si à l'instar des bonnes mœurs, la pornographie allait de soi*, le Conseil d'État a été contraint, à l'occasion de recours contre le classement X de certains films, de donner lui-même une définition du « film à caractère pornographique » et de préciser les rapports de cette notion avec la sexualité », in Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, pp. 39-40.

message est « susceptible d'être vu ou perçu par un mineur », il est tout de même passible de 75 000 € d'amende et de trois ans de prison¹⁸⁰⁷. Les critères subjectifs (quand il y a excitation sexuelle du spectateur ou du consommateur, ainsi que l'*intention* de l'auteur pornographe, de la susciter) et objectifs (représentation de scène sexuelle, réification des personnages), qui permettent de préciser s'il s'agit de pornographie, sont incommodes pour le juriste (comment l'excitation sexuelle peut-elle être juridiquement évaluée ?), peu enclin à se saisir publiquement des problématiques inférées - d'autant plus qu'il est difficile de dissocier la tâche d'*identifier* la pornographie et celle de la *juger moralement* - sauf négativement pour protéger d'autres intérêts universels comme la « protection de la jeunesse », et la « dégradation des femmes »¹⁸⁰⁸. Virginie Despentès déclare que « le problème que pose le porno, c'est d'abord qu'il tape dans l'angle mort de la raison. Il s'adresse directement au centre des fantasmes, sans passer par la parole ni la réflexion »¹⁸⁰⁹. On peut se demander pourquoi l'accès à la pornographie est officiellement interdit aux moins de 18 ans, alors qu'un jeune de 15 ans est sexuellement majeur¹⁸¹⁰. Dans notre pays démocratique, un mineur de 13 ans est assez grand pour aller en prison, mais il est trop petit pour regarder de la pornographie, considérée comme une forme de maltraitance audiovisuelle. Des experts psychiatres et assistants sociaux ayant accès à une population jeune, défavorisée et homogène témoignent des dangers moraux et idéologiques (une sexualité interchangeable, pathologisée, dissociée de tout sentiment devenant un méchant modèle), du risque de « déstructuration psychique » (sans préciser sous quelle forme), mais on ne sait quel est l'effet de la pornographie sur la grande majorité des jeunes qui dans leur existence n'ont pas eu affaire à ces experts.

¹⁸⁰⁷ L'art. 227-24 C. pén. (modifié par loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 - art. 22) dispose que : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans ».

¹⁸⁰⁸ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2019, p. 6.

¹⁸⁰⁹ Virginie DESPENTES, *King Kong Théorie*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸¹⁰ Christophe BIER, *Censure-moi. Histoire du classement X en France*, L'Esprit frappeur, 2000, p. 151.

Qualifiée de « problème de société », la pornographie est massivement désapprouvée, et tout aussi massivement consommée, c'est une industrie. Sodome, fellation, cunnilingus, multiplication des partenaires - homosexuels et hétérosexuels - ne sont pas prohibées légalement, mais leur représentation¹⁸¹¹ pose problème. L'opprobre frappe les pornographes et l'influence libératrice de Michel Foucault n'a pas rendu le thème acceptable, comme le regrette Norbert Campagna dans sa thèse¹⁸¹². Selon différents points de vue, la pornographie asservirait, pervertirait et subvertirait : elle traite les femmes comme des êtres inférieurs destinés à satisfaire les besoins des hommes¹⁸¹³, ou plus universellement elle ravalerait la sexualité à une pratique scabreuse, elle bafouerait la sexualité conjugale, sentimentale et procréative, tout en incitant à la reconnaissance de pratiques sexuelles minoritaires¹⁸¹⁴, à l'affirmation des désirs¹⁸¹⁵, à l'expression crue de fantasmes¹⁸¹⁶. Pourtant, pour citer un exemple qui sème le doute, toutes disciplines confondues, les photographies de Jeff Koons, encadrées dans des galeries et des musées,¹⁸¹⁷ et qui semblent de ce fait plus académiques et artistiques¹⁸¹⁸ que pornographiques,

¹⁸¹¹ D'autant plus que « L'image ne se définit pas par son contenu, écrit Gilles Deleuze, mais par sa forme, c'est-à-dire par sa tension interne, ou par la force qu'elle mobilise pour faire le vide ou forer des trous (...). L'image n'est pas un objet mais un processus. On ne sait pas la puissance de telles images, si simples soient-elles du point de vue de l'objet. Ce qui compte dans l'image, ce n'est pas son pauvre contenu mais sa folle énergie », in Gilles DELEUZE, « L'épuisé », in *Quad et autres pièces pour la télévision par Samuel Beckett*, Minit, 1992, p. 72.

¹⁸¹² Norbert CAMPAGNA, *La prostitution, l'éthique et le droit*, thèse de doctorat, L'Harmattan, Ethikè, 1998, 320 p.

¹⁸¹³ Laura LEDERER, *L'envers de la nuit. Les femmes contre la pornographie*, Remue-Ménage, Les entêtées, 2005, 410 p.

¹⁸¹⁴ Ondinisme, coprophilie, bondage, sadomasochisme, zoophilie, fétichisme, voyeurisme, exhibitionnisme, sexe rétribué, etc.

¹⁸¹⁵ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, op. cit., p. 7.

¹⁸¹⁶ Les images les plus explicites et crues, filmées en pleine lumière, seraient dégradantes, au contraire de celles plus implicites, prises dans un doux halo lumineux, moralement plus acceptable et qui ne poseraient pas de problème, in Hélène LONGINO, « Pornographie, oppression, liberté ; en y regardant de plus près ... », in Laura LEDERER, *L'envers de la nuit. Les femmes contre la pornographie*, op. cit., p. 41-56 ; v. aussi Gloria STEINEM, « Erotica and Pornography. A Clear and Present Difference », in Susan DWYER, *The problem of Pornography*, Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1994, pp. 29-34 ; Gloria Leonard, ancienne vedette du cinéma pornographique constate que « la seule différence entre la pornographie et l'érotisme, c'est l'éclairage ».

¹⁸¹⁷ Telles les scènes ci-après :



¹⁸¹⁸ Mais cependant bel et bien pornographiques selon différents critiques, v. Dominique BAQUÈ, *Mauvais genres*, Éditions du regard, 2002, p. 43.

sont juridiquement acceptées, à l'inverse du film très controversé *Baise-moi*, réalisé par Virginie Despentes et Coralie Trinh Thi¹⁸¹⁹, d'abord distribué avec une interdiction aux moins de seize ans, puis classé X, puis reclassé en film interdit aux moins de dix-huit ans grâce au décret du 12 juillet 2001¹⁸²⁰ permettant d'éviter son inscription sur la liste des films pornographiques. Pendant ce temps des films médicaux qui montrent des rapports sexuels non simulés, sans aucune équivoque, dissociés de toute affectivité, ne sont jamais classés « hard », peut-être parce qu'ils respectent les conditions énoncées par une jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle pour être dit « X », un film doit comprendre « au moins six scènes de sexe en gros plan, avec une progression *ad libitum* du nombre de partenaires et d'emboîtages dans le but d'exciter le spectateur »¹⁸²¹. « Pourquoi six scènes et non cinq ou sept ? », s'étonne Ruwen Ogien¹⁸²². Mystère. La pornographie, qui banalise nombre de pratiques sexuelles plus ou moins violentes reste un domaine fantasmatique, juridiquement policé comme un mode de sexualité intrinsèquement vil¹⁸²³, en écho à l'anathème jeté par une certaine psychanalyse qui ne fait pas l'unanimité¹⁸²⁴.

Cette omniprésence d'une police de l'intime, révèle inévitablement une politique.

B. La politisation des orientations sexuelles

L'orientation sexuelle, c'est le désir affectif et sexuel, ainsi que le comportement, les actes, en concordance avec ce désir ; elle englobe différentes combinaisons des sexes, en portant vers

¹⁸¹⁹ Selon les deux réalisatrices, les scènes de sexe réel et violent sont justifiées par le récit.

¹⁸²⁰ CE, 4 février 2004, *Association promouvoir*, n° 261804. Le décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001 modifiant le décret n° 90-174 du 23 février 1990 pris pour l'application des articles 19 à 22 du code de l'industrie cinématographique et relatif à la classification des œuvres cinématographiques a permis le un reclassement.

¹⁸²¹ Martine DELAHAYE, « Plaintes contre le X », *Le Monde*, Supplément radio-télévision, 21 septembre 2002.

¹⁸²² Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2019, p. 59.

¹⁸²³ Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸²⁴ Éric Bidaud « choisit d'examiner la pornographie comme une forme culturelle, dans l'ordinaire des évolutions adolescentes et dans ses rapports avec l'amour : le porno est une donnée de la sexualité aujourd'hui, non pas uniquement comme source de l'excitation sexuelle dans le champ du voir, mais aussi comme lieu de savoir, de « voir ça ». Au-delà des prises de position souvent normatives, la pornographie est un nouveau champ auquel se confronte actuellement la psychanalyse, qui lui permet de se penser et de ne pas cesser de s'inventer », in Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, quatrième de couverture.

des personnes de sexe semblable ou différent du sien, et participe fondamentalement au processus de définition subjective de l'identité sexuelle. A priori, l'orientation sexuelle n'a rien à voir avec le politique. Or, on constate qu'elle peut devenir un problème majeur de l'existence dès lors qu'elle n'est pas à l'unisson de la norme majoritaire, et de l'influence de l'idéologie sexuelle que cette norme véhicule. Dans les textes juridiques, le terme de « mœurs » est rapproché de celui d' « orientation sexuelle », sans redondance, parce que complémentaires¹⁸²⁵, ils recouvrent une large variété de comportements ou d'éléments de faits¹⁸²⁶ permettant au juge de disposer de moyens de lutte plus étendus et efficaces contre les discriminations.

L'expression d'« orientation sexuelle » est devenue une question juridique et politique aux États-Unis en 1972¹⁸²⁷, puis en Europe avec l'article 13 du traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999, qui le premier établit un dispositif antidiscriminatoire protecteur des personnes gays et lesbiennes¹⁸²⁸. Selon ces textes, on peut avoir une préférence hétérosexuelle, homosexuelle,

¹⁸²⁵ Le président François Mitterrand, défendant le projet de la loi du 4 août 1982, annonçait qu'« Il n'y a pas de raison de juger le choix de chacun qui doit être respecté, aucune discrimination ne doit être faite en raison de la nature des mœurs. J'en ai pris la responsabilité ».

¹⁸²⁶ Art. 225-1 C. pén., *op. cit.* V. aussi l'art 432-7 C. pén. : « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1 commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° À refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ». Art. 6 C. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les *bonnes mœurs* ». Art. 21-23 C. civ., créé par la loi du 22 juillet 1993 : « Nul ne peut être naturalisé s'il n'est pas de *bonnes vie et mœurs* ou s'il a fait l'objet de l'une des condamnations visées à l'article 21-27 du présent code ». Art. 1387 C. civ. : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient *pas contraires aux bonnes mœurs* ni aux dispositions qui suivent ».

¹⁸²⁷ Dans une disposition légale au Michigan, puis dans deux lois à Columbia et Washington.

¹⁸²⁸ Cet article dispose que : « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». En 2001, dans le même sens, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (adoptée le 7 décembre 2000 par l'Union européenne, et mise en œuvre par le traité de Nice du 1^{er} février 2003, lui-même remplacé par le traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2009, et qui donne aux principes de protection des citoyens européens une valeur juridiquement contraignante), dans son article 21 (qui prévoit qu'« est interdite toute discrimination fondées notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou *l'orientation sexuelle* »). La loi du 16 novembre 2001, en lien avec une directive communautaire (directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur

ou ni l'une ni l'autre. On peut avoir le goût de multiplier les relations sexuelles, n'en privilégier qu'une seule, ou n'en avoir radicalement aucune. Chacun de ces choix reflète une conception du « bien personnel »¹⁸²⁹. Mais la hiérarchie¹⁸³⁰ entre ces choix, l'injonction à appartenir à une catégorie qui fige une orientation socialement et juridiquement déterminée, le fait même qu'elle doive être *déterminable*, demeure. Parvenir à une neutralité étatique et sociale à l'égard des conceptions substantielles du « bien sexuel », attitude caractéristique de l'éthique minimale de Ruwen Ogien¹⁸³¹, qui repose sur la distinction entre le *juste* et le *bien*¹⁸³², reste un axiome.

de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), introduit l'expression d'orientation sexuelle au sein du Code pénal et du Code du travail.

¹⁸²⁹ Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2019, p. 11.

¹⁸³⁰ Le « bon » sexe est hétérosexuel, monogame, privé et intime, de l'autre côté se trouve le mauvais sexe, le sexe *queer*, anonyme, commercial, public. Le critère de la norme sociale de tolérance - c'est-à-dire le parti pris majoritaire qui étouffe le minoritaire - ne fait sens qu'en relation avec cette morale sexuelle conservatrice sous-jacente. Gayle Rubin, anthropologue féministe américaine, analyse la hiérarchisation et la moralisation de l'activité sexuelle dans *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*. Elle explique que ce qui dans notre société relève de la « morale sexuelle civilisée » (pour reprendre les termes de Sigmund Freud), masque l'opération sous-jacente d'un système illégitime de « stratification sexuelle » que l'on accepte sans vraiment s'interroger, une morale sexuelle qui tend à organiser la vie sexuelle en fonction d'une hiérarchie de privilèges et de prestige selon laquelle certaines formes de comportements sexuels sont approuvés et comme des évidences. Au sommet de cette hiérarchie se trouvent les sexualités hétérosexuelles, monogames, dans le cadre du mariage, libres, gratuites, ayant lieu dans l'espace domestique, intragénérationnelle, génitale, à deux, procréative. Les autres sexualités, sont considérées comme problématiques, triviales, mauvaises, pernicieuses, et les personnes qui les pratiquent sont critiquées, inquiétées, pénalisées au nom d'une sorte d'hygiène morale et sociale, in Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, p. 24. « La diversité sexuelle existe (...) Tout le monde n'a pas plaisir à faire les mêmes choses, et ceux qui ont des préférences sexuelles différentes ne sont pas des abrutis, des gens pervers, des gens qui se sont fait laver le cerveau, des gens sous la contrainte, les suppôts du patriarcat, les produits de la décadence bourgeoise ou les rescapés de mauvaise méthode éducative. Il faut en finir avec l'usage qui veut qu'on explique la diversité sexuelle en la dénigrant », in Gayle RUBIN, *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Epel, Les grands classiques de l'érotologie moderne, 2010, p. 129.

¹⁸³¹ Ce principe d'inspiration libérale et anti-paternaliste, correspond à une théorie morale que Ruwen Ogien développe dans *Penser la pornographie* (*op. cit.*, pp. 12-13) et qui repose sur trois principes : la neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien, le fait d'éviter de causer des dommages à autrui, le fait d'accorder la même valeur aux voix et aux intérêts de chacun. Ces principes sont hétérogènes car ils sont empruntés à des conceptions morales de différents types, in Charles LARMORE, « L'hétérogénéité de la morale », in *Journal of Philosophy*, décembre 1993, pp. 95-119.

¹⁸³² Cette distinction remonterait à Emmanuel Kant, remise au goût du jour par John Rawls dans sa *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, p. 57. : L'impartialité morale de l'État constitue une garantie de la liberté des individus, principe selon lequel l'État - et donc le droit - serait neutre eut égard aux conceptions substantielles du bien, et devrait se limiter à énoncer le juste, et à garantir, notamment via les prétoires, l'équilibre des prestations contractuelles. Il ne s'agit donc pas de rendre les individus vertueux, ni de se substituer à leurs choix, c'est donc l'inverse du paternalisme d'État, in John RAWLS, *Libéralisme politique*, PUF, 2016, PUF, Quadrige, 464 p.

La loi ne connaît pas les mêmes nuances que celles de la libido, et elle continue à régir fermement le sexe dans l'ensemble de ses manifestations, si bien que les tribunaux retentissent toujours autant de provocations grivoises entre époux que de perversions extraordinaires¹⁸³³. En dépit d'avancées législatives¹⁸³⁴, l'égalité des orientations sexuelles demeure imparfaite. De nombreuses personnes continuent à être désavouées, mises à l'écart, stigmatisées par leur entourage, à subir toutes sortes d'actes de violence, de harcèlement¹⁸³⁵ et de discriminations¹⁸³⁶, alors même que l'éducation et l'information quant à l'égalité et à la lutte contre les préjugés sexistes seraient une préoccupation politique de l'Éducation nationale. L'institution juridique par le regard qu'elle porte sur les mœurs et les orientations sexuelles influence et crée une réalité sociale à travers des actes institutionnels, des croyances et des préférences. Mais sa conception du « bien sexuel » n'a rien de neutre, alors au nom d'un idéal de justice qui prône l'autonomie individuelle, elle se positionne en porte-à-faux.

De plus, la politisation des orientations sexuelles n'a pas entraîné la reconnaissance d'un droit fondamental au sexe. Tandis que la protection des libertés en général est un point d'orgue des

¹⁸³³ Nombre de procès où les mœurs sont en cause ne relèvent pas du domaine pénal.

¹⁸³⁴ Il faut convenir de l'important travail de « désexuation » de la loi civile accompli pas à pas depuis les années 60, et plus particulièrement la loi de 1970 sur l'autorité parentale (loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale*, JO 5 juin, p. 5227 ; « Loi d'actualité, la loi du 4 juin 1970 l'est d'abord parce que c'est la première qui consacre l'égalité totale des époux », in Michelle GOBERT, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », JCP 1971 I 2421, n°7), celle de 1982 sur la dépénalisation de l'homosexualité (loi n° 82-683 du 4 août 1982, cette loi abroge de l'art. 331 (al. 2) du Code pénal ; elle indique que « en conséquence, les actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe (homosexualité) ne seront plus punis de peines correctionnelles »), celle de 1985 relative aux régimes matrimoniaux (loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, JO 26 décembre, p. 15111 : l'intitulé est explicite, et correspond à son contenu), et bien sûr celle instituant le mariage pour tous, sans condition de sexe en 2013 (loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JO 18 mai 2013, p. 8253, texte n° 3 instituant l'art. 143 du Code civil : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe »). Au regard de cette dernière évolution, v. Marie-Anne Frison Roche et René Sève, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, 2003, 53, n°1, p. 55 et s., n°36, pp. 71-72 : « La seconde abstraction à laquelle pourrait aboutir le législateur serait la suppression du sexe sur l'état civil (...). On peut aujourd'hui s'interroger même sur la pertinence du renseignement pour situer l'état d'une personne » ; et la conclusion, n° 70, p. 84.

¹⁸³⁵ Que ce soit dans l'espace privé ou public : v. Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Avis relatif au harcèlement sexiste et aux violences sexuelles dans les transports en commun*, avril 2015. V. également Florence MAILLOCHON, « Violences dans l'espace public », in Sylvette Denèfle (dir.), *Femmes et villes*, Presses Universitaires François-Rabelais, 2004, pp. 207-224.

¹⁸³⁶ V. Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, « Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre », 4 mai 2015, A/HRC/29/23.

conventions internationales, des chartes des droits de l'homme et des constitutions, la liberté des orientations sexuelles n'est ni proclamée, ni garantie, elle est toujours implicite, oblique, ravalée au rang de corollaire d'autres libertés¹⁸³⁷, elle semble être une liberté moins noble que les autres, si ce n'est quand il est question de dimension reproductive¹⁸³⁸. La liberté des individus face à leur sexualité reste assujettie à une norme juridique méfiante vis à vis de ce qui touche au sexe. Les acteurs du champ du droit, entraînés par une dynamique d'évolution des mœurs, s'efforcent d'adopter une politique de préservation de structuration d'ensemble, ils déploient des stratégies qui mobilisent leurs ressources pour éviter trop de bouleversements. Quand ils s'intéressent aux diverses libertés protégées par le droit¹⁸³⁹, ils admettent que pour l'individu, agir sexuellement avec autonomie suppose d'être titulaire d'une faculté de s'exprimer selon des choix personnels, et que la disposition de sa propre personne constitue une condition *sine qua non* de l'exercice de cette liberté. Mais le droit admet bien des restrictions à la liberté sexuelle au nom de la morale, de la protection des plus faibles¹⁸⁴⁰ ou de la dignité humaine¹⁸⁴¹, sans remise en question de ces restrictions puisqu'elles « tombent sous le sens ».

L'État substitue le respect de la « dignité humaine », entendue comme un bien commun, promue comme un ordre public objectif, au respect de la vie privée qui régit le rapport de l'individu à lui-même, notion trop subjective, susceptible de mener à l'aliénation et à la réification de soi¹⁸⁴². Si l'on essaie de préciser objectivement en quoi consiste le phénomène de

¹⁸³⁷ L'étude des libertés en général occupe une place prépondérante dans les ouvrages juridiques, mais les analyses spécifiquement consacrées à la liberté sexuelle demeurent exceptionnelles. Les conventions internationales, les chartes des droits de l'homme et les constitutions ne la protègent pas clairement, alors que dans le même temps, d'autres espaces d'autonomie, comme ceux relatifs à la liberté de culte, de commerce, de circulation ou d'opinion sont largement évoqués, *in* Daniel BORRILLO, « Liberté érotique et exception sexuelle », *in* Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 39.

¹⁸³⁸ Autant dans le sens d'une protection des droits reproductifs, que d'une protection des droits de ne pas se reproduire.

¹⁸³⁹ Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, tomes I et II, PUF, Thémis, 2003, respectivement 271 p. et 269 p.

¹⁸⁴⁰ Par exemple la sexualité des personnes « incapables » du fait de l'altération de leurs facultés mentales, ou tout simplement du fait qu'elles soient mineures de quinze ans, est saturée de paradoxes : ces personnes sont censées être particulièrement protégées par le droit, mais leur sexualité relationnelle ne peut exister au sens juridique, puisqu'elles ne sont jamais en capacité juridique de consentir.

¹⁸⁴¹ Pour une argumentation favorable ou non à la liberté sexuelle, à l'aune du concept de dignité, v. Lori GRUEN et Georges PANICHAS, *Sex, Moralité and the Law*, Routledge, 1997, 468 p.

¹⁸⁴² Olivier Cayla écrit d'ailleurs que la dignité humaine, « en pleine inflation fétichiste dans le vocabulaire juridique contemporain, offre aux adversaires résolus du subjectivisme moderne le moyen de combattre aussi bien en théorie qu'en pratique toute idée de souveraineté individuelle, y compris

réification qui conduirait à apparenter une personne humaine à un objet - cette notion d'objet contenant, selon Martha Nussbaum¹⁸⁴³ plusieurs notions telles que l'instrumentalité, l'absence d'autonomie, l'inertie, la fongibilité, la violabilité, la possession, et l'absence de subjectivité - on voit bien on voit bien qu'aucune personne humaine ne satisfait ces critères cumulativement et que cet usage métaphorique n'est qu'un pur élément de langage. Le regard des juristes est politique, il pose la façon dont le sujet *doit* être « parlé »¹⁸⁴⁴.

Ainsi suffit-il qu'une autorité de l'État invoque la dignité humaine pour que le consentement de l'individu soit annihilé. Comme le relève très justement Olivier Cayla : « Le concept de dignité humaine est apparu, à ce puissant courant jusnaturaliste antimoderne, comme le moyen idoine (...) de parvenir à régler d'abord et surtout le rapport que chacun entretient avec lui-même, afin de lui interdire, au nom d'un impératif éthique supérieur, de disposer de son propre corps d'une manière qui, le reléguant à la qualité de chose, porte absurdement atteinte à sa dignité de personne »¹⁸⁴⁵.

La promotion contemporaine de la dignité conduit à pénaliser et à interdire certains modes de sexualité, soit parce que l'on pense que le consentement est vicié par l'inégalité des sexes, soit parce que l'on estime que l'individu ne peut se départir de sa dignité. Marcela Iacub explique qu'« une société qui fonde la liberté sexuelle sur le consentement, ce qui justifie aux yeux de tous la surenchère spectaculaire du crime sexuel, met en échec ses propres principes lorsqu'elle fragilise la force de ce consentement. Lorsque je dis « oui » et que c'est pour me prostituer, ou lorsque je dis « oui » et que c'est pour du sexe sans lendemain, je ne choisirais pas, mais je subirais »¹⁸⁴⁶. Pourquoi l'État serait-il habilité à décider si l'on est chacun « objectivement » traité en objet, si l'on est nié dans son individualité, ou si un consentement est valable ou non ?

dans le cadre intime de la seule disposition de soi, en prétendant médiatiser et donc surveiller et contrôler, sans nullement y avoir été autorisés par l'intéressé de quelque manière que ce soit, le rapport que le sujet entretient avec lui-même, en lui faisant valoir que, même dans le contexte apparent de la plus pure *privacy*, la présence permanente de l'humanité qui l'habite lui interdit pourtant toute solitude et toute possibilité d'échapper à la transcendance des réquisitions d'un ordre public ou symbolique naturel », cité par Daniel BORRILLO, *in Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, pp. 28-29.

¹⁸⁴³ Martha NUSSBAUM, « Objectification », *in Sex and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 213-239.

¹⁸⁴⁴ Marie-José MONDZAIN, *Homo spectator*, Bayard Culture, 2013, p. 18.

¹⁸⁴⁵ Olivier CAYLA, « Le coup de l'État de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 133.

¹⁸⁴⁶ Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, *op. cit.*, p. 62.

Estimer par exemple que la vente d'un service sexuel équivaut à perdre sa dignité constitue en soi un sérieux a priori sur ce que signifie la sexualité pour chacun, et entre en contradiction avec toute morale consensualiste.

On peut croire qu'avec la libéralisation des mœurs dans le champ du sexe, on est passés à une morale consensualiste, privilégiant le véritablement le consentement, et que tout acte sexuel est licite dès lors qu'il a lieu entre adultes consentants et qu'il n'est préjudiciable¹⁸⁴⁷ à personne. Si l'on conçoit qu'il appartient aux individus de déterminer ce qu'ils sont sexuellement, ce qui leur plaît et ce qui leur convient, et si l'on admet que l'impartialité morale de l'État démocratique constitue une garantie de la liberté des individus, cet État peut-il se permettre de promouvoir une morale sexuelle spécifique, peut-il prétendre savoir mieux que les individus ce qui leur est favorable, sans être lui-même immoral ? Sans incarner à la manière d'un tyran¹⁸⁴⁸ la figure paternelle autoritaire un peu dépassée que la psychanalyse a théorisée et longtemps promue comme fondatrice d'un ordre symbolique inéluctable ? Cette figure, censée être à l'aune de l'entreprise intellectuelle individuelle¹⁸⁴⁹, légitime psychanalytiquement l'emprise juridique de l'État sur les sens humains, et par extension, sur une certaine politique du sexe : selon Sigmund Freud, le passage de la mère au père, et l'obéissance au père sont « une victoire de l'esprit sur les sens, (...) un triomphe de la vie de l'esprit sur la vie sensorielle et donc un progrès de la civilisation »¹⁸⁵⁰ car « la paternité est une conjecture, elle est édifiée sur une déduction et un postulat, alors que la maternité est attestée par le témoignage des sens »¹⁸⁵¹. Il reste qu'aujourd'hui, les psychanalystes sont embarrassés avec cette théorie phallogcentrée du

¹⁸⁴⁷ On sait qu'une approche fondée sur le préjugé peut aisément friser un moralisme déguisé.

¹⁸⁴⁸ Selon Ruwen Ogien, « Ce qui préoccupe la pensée conservatrice, c'est l'effondrement d'un certain ordre moral fondé sur le goût de l'effort, le sens de la hiérarchie, le respect de la discipline, le contrôle des désirs, la fidélité aux traditions, l'identification à la communauté nationale et la valorisation de la famille "naturelle" et hétérosexuelle », in Ruwen OGIEN, *L'État nous rend-t-il meilleurs. Essai sur la liberté politique*, Folio, Essais, 2013, 4^{ème} de couverture.

¹⁸⁴⁹ Grâce au détachement du bain d'affect maternel qui a permis la constitution de l'image de soi par le truchement de la relation en miroir. Claude Monod et Jean-Bertrand Pontalis quand ils traduisent *Jeu et Réalité* de Donald Winnicott expliquent que quand le bébé regarde le visage de sa mère, il se voit lui-même, parce que l'image que la mère donne d'elle-même est liée à ce qu'elle voit devant elle. Ce processus en abyme fonde le processus de maternalisation et de parentalisation. Winnicott écrit que « Dans le développement émotionnel de l'individu, le précurseur du miroir, c'est le visage de la mère ». V. aussi Jacques LACAN, « Le stade du miroir comme formateur de la fonction du Je », in *Écrits*, Le Seuil, 1966, p. 94.

¹⁸⁵⁰ Sigmund FREUD, *L'homme Moïse et la religion monothéiste*, Gallimard, 1986, p. 213.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

père et de la mère, de plus en plus obsolète au regard de la réalité de l'évolution sociale. La valeur éthique des règles qui donnent à la moralité publique¹⁸⁵² son assise, lui confère un pouvoir de contrainte, issu « de la pression sociale qui s'exerce en faveur de leur stricte observance »¹⁸⁵³. Ainsi, une conduite sexuelle est immorale parce qu'elle va « à l'encontre des mœurs dominantes qui, parce que telles, sont collectivement estimées bonnes »¹⁸⁵⁴.

Cette grille de lecture moraliste complique de travail du juge pour lequel il est difficile d'identifier des critères objectifs permettant de tracer de manière incontestable la frontière du licite et de l'illicite, de discerner l'acceptable de l'inacceptable, il se trouve confronté au « niveau des mœurs actuelles », à la « conscience collective », au « consensus social », et surtout à une culture de l'information constante, impérieuse, omniprésente¹⁸⁵⁵ qui devient contrôle.

II. Les formes de contrôle

La manière dont le système institutionnel - féru de régulation - a exercé¹⁸⁵⁶ et exerce toujours une forme de discipline quant au sexe et à la sexualité des gens, vise à leur contrôle, leur maîtrise¹⁸⁵⁷, voire leur censure. Ce contrôle omniprésent (A), se décline en différentes phases (B).

¹⁸⁵² Que l'on peut entendre comme le respect des idées morales communément admises

¹⁸⁵³ Pierre-Henri TEITGEN, *La police municipale*, thèse, Nancy, 1934, rééd. Dalloz, novembre 2019.

¹⁸⁵⁴ Jacques MOURGEON, « De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques », *Dalloz-Sirey*, 1974, chr. XLIV.

¹⁸⁵⁵ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, p. 105 et s.

¹⁸⁵⁶ Un modèle disciplinaire a été institutionnalisé dès le code Napoléon, il est apparu comme un mode de contrainte physique qui a concrétisé une frontière juridique entre le bon et le mauvais sexe quand on a créé des lieux d'enfermement - tels les hôpitaux psychiatriques, anciennement les « asiles », et les prisons - pour maîtriser et punir les corps. Les nymphomanes, les personnes prostituées, les homosexuels dits « sodomites », et finalement tous ceux qui sexuellement posaient problème, tous ceux qui faisaient « désordre », y étaient enfermés.

¹⁸⁵⁷ Et cet état de fait n'est pas sans faire penser aux mots de Pierre Birnbaum qui écrit qu'« Un pouvoir coercitif peut être plus faible qu'un pouvoir non-coercitif : un pouvoir qui ne s'exerce pas peut être plus fort qu'un pouvoir qui doit sans cesse se manifester précisément parce qu'il se voit contesté dans sa légitimité », in Pierre BIRNBAUM, « Sur les origines de la domination politique (à propos d'Étienne de la Boétie et de Pierre Clastres) », *Revue française de science politique*, 1977, n°1, p. 12.

A. Les caractères du contrôle

Repérer les traits distinctifs du contrôle de nos sexualités est difficile. Le principe de la liberté sexuelle interdit à l'État d'interdire brutalement, et l'intime est relativement caché du pouvoir. Il se dévoile notamment sur le divan, mais la psychanalyste n'est pas une agence de renseignement, elle s'est construite en se méfiant de l'État, et réciproquement. Le sexe est donc une affaire plutôt privée. Dans ce cadre, il n'y a pas de place pour un contrôle direct, disciplinaire, qui s'exercerait « par la coercition sur les corps »¹⁸⁵⁸. Toutefois, les marques de ce contrôle apparaissent dès lors que l'on tente de voir comment les conduites des personnes sont orientées, dirigées¹⁸⁵⁹. Peu apparents, les contrôles du droit et de la psychanalyse se caractérisent par leur « bienveillance », par leur nature diffuse et continue.

Le contrôle de notre sexualité est d'abord bienveillant parce que l'État « prend soin de nous ». Il nous protège grâce au Code de la santé publique, au Code de la sécurité sociale, au Code de procédure pénale, et au Code pénal, des maladies sexuellement transmissibles¹⁸⁶⁰ par exemple.

¹⁸⁵⁸ François EWALD, « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », *Droits*, PUF, 1986, pp. 137-142.

¹⁸⁵⁹ Laure Murat écrit que « Les travaux de Michel Foucault sur la sexualité ont par ailleurs montré que la réduction des interdits (lois, censures, etc.), est proportionnelle à une augmentation du pouvoir et du contrôle des corps : le « discours libérateur » est un procédé déguisé d'aliénation, de la même façon que les fous libérés de leur chaînes grâce à Pinel, se retrouveront au XIX^{ème} siècle enchaînés par le discours psychiatrique », in Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, Stock, Puissance des femmes, 2018, p. 38.

¹⁸⁶⁰ Art L1110-3 CSP, modifié par la Loi n°2018-1203 du 22 décembre 2018 : « Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins. Art. L3121 CSP, modifié par la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 : « La lutte contre les virus de l'immunodéficience humaine et contre les infections sexuellement transmissibles relève de l'État ». Art. L2311-5 CSP, modifié par la Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 : « Les centres de planification ou d'éducation familiale peuvent, dans le cadre de leurs activités de prescription contraceptive et sous la responsabilité d'un médecin, assurer la prévention, le dépistage et le traitement de maladies transmises par la voie sexuelle. Ils assurent de manière anonyme le dépistage et le traitement de ces maladies. Ils interviennent à titre gratuit en faveur des mineurs qui en font la demande et des personnes qui ne relèvent pas d'un régime de base d'assurance maladie ou qui n'ont pas de droits ouverts dans un tel régime. Dans ces cas, les dépenses relatives à la prévention, au dépistage et au traitement sont prises en charge par les régimes d'assurance maladie, sans qu'il soit fait application des dispositions du code de la sécurité sociale et du code rural et de la pêche maritime relatives à l'ouverture du droit aux prestations couvertes par les régimes de base, au remboursement de la part garantie par l'assurance maladie et à la participation de l'assuré aux tarifs servant de base aux remboursements. Au titre de leur mission de prévention, les centres de planification ou d'éducation familiale réalisent les vaccinations prévues par le calendrier des vaccinations. Les dispositions relatives au respect de l'anonymat ne s'appliquent pas. Un décret pris après avis du Haut Conseil de la santé publique fixe les modalités d'application du présent article. Ce décret fixe également les conditions dans lesquelles les dépenses afférentes à cette prévention, à ce dépistage et à ce traitement

Il assure notre sécurité en réprimant le viol¹⁸⁶¹ et toute forme de sexualité attentatoire à notre consentement¹⁸⁶². Nous sommes passés d'une société où le citoyen, entité abstraite, est devenue une personne « vulnérable ». Un souci des politiques publiques après les « années SIDA », a été d'orienter les pratiques sexuelles afin de permettre d'échapper au risque de maladie. Cette

sont prises en charge par les organismes d'assurance maladie sur la base des tarifs déterminés dans les conditions prévues au chapitre II du titre VI du livre Ier du code de la sécurité sociale. Art. R162-55 du CSS : « Les dépenses afférentes aux examens de biologie médicale ainsi que les dépenses afférentes aux frais pharmaceutiques exposés à l'occasion du dépistage et du traitement de maladies sexuellement transmissibles effectués dans les centres de planification familiale, conformément à l'article 8 du décret n° 92-784 du 6 août 1992, sont déterminées par application des frais et tarifs servant de base à leur remboursement par les organismes d'assurance maladie tels qu'ils résultent des articles L. 162-14-1 (2°), L. 162-14-4 (2°), L. 162-17, L. 162-18 et L.162-38 ». Art. 706-47-2 C. proc. pén. : « L'officier de police judiciaire, agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire, peut faire procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle prévus par les articles 222-23 à 222-26 et 227-25 à 227-27 du code pénal, à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible. Le médecin, l'infirmier ou la personne habilitée par les dispositions du code de la santé publique à effectuer les actes réservés à ces professionnels, qui est requis à cette fin par l'officier de police judiciaire, doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé. A la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction qui sont versées au dossier de la procédure. Le résultat du dépistage est porté, dans les meilleurs délais et par l'intermédiaire d'un médecin, à la connaissance de la victime ou, si celle-ci est mineure, de ses représentants légaux ou de l'administrateur ad hoc nommé en application des dispositions de l'article 706-50. Le fait de refuser de se soumettre au dépistage prévu au présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5 du code pénal, ces peines se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles susceptibles d'être prononcées pour le crime ou le délit ayant fait l'objet de la procédure ». Art. 222-15 C. pén. (modifié par la Loi n°2007-297 du 5 mars 2007) : « L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14-1 les distinctions prévues par ces articles., Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles ».

¹⁸⁶¹ Art. 222-22 C. pén., modifié par la Loi n°2010 du 9 juillet 2010 : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». Art. 222-22-1 al. 1(modifié par la loi n°2018-703 du 3 août 2018, art. 2) : « La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale ». Art. 222-23 C. pén., modifié par la Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

¹⁸⁶² Art. 227-25 C. pén. modifié par la Loi n°2018-703 du 3 août 2018 : « Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». Art. 222-27 C. pén., modifié par l'Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

bienveillance se prolonge sur les lieux de travail : en quelques années, la lutte contre le harcèlement sexuel¹⁸⁶³ est devenue centrale, et même au sein de la fonction publique, le juge n'hésite plus à sanctionner des responsables administratifs¹⁸⁶⁴, des professeurs qui ont profité de leur posture pour assurer une domination à connotation sexuelle¹⁸⁶⁵. Cette sollicitude se retrouve sur le terrain de la psychanalyse qui en matière de sexe met en garde contre les pervers de tous bois : pervers violent, pervers dominant et pervers narcissique. En nommant de tels

¹⁸⁶³ Le délit de harcèlement sexuel a été introduit en 1992 dans le Code pénal, avec l'article 222-33. Yvette Roudy alors députée du Calvados raconte que lorsqu'elle l'a proposé au groupe socialiste, la réaction première a été : « Tu ne vas pas nous empêcher de draguer. Nous ne sommes pas aux États-Unis (...). Je leur ai expliqué. Le harcèlement dans l'entreprise, l'abus de pouvoir, l'exploitation. S'il n'y avait pas eu la dimension hiérarchique, le groupe n'aurait pas accepté, craignant de sanctionner la drague », in *Libération*, 1992, cité par Abigail C. SAGUY, « Les conceptions juridiques du harcèlement en France et aux États-Unis », *Travail, Genre et Sociétés*, n°28, 2012. Le Code pénal réprime le harcèlement sexuel de la façon suivante : art. 222-33 C. pénal, modifié par la Loi n° 2018-703 du 3 août 2018, art. 11 et 13 : « I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. L'infraction est également constituée ; 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis : 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 6° Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ; 7° Alors qu'un mineur était présent et y a assisté ; 8° Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Art. 225-1-1 C. pén. créé par la Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés. »

¹⁸⁶⁴ TA Poitiers 23/01/18 n° 1501532 : « Validation d'une sanction administrative exclusion temporaire de 15 jours en raison des propos à connotation sexuelle tenus par le chef de service à l'égard d'une subordonnée. Le TA a jugé que la sanction n'était pas disproportionnée malgré le fait que ces propos aient été tenus en dehors du service et que la victime n'ait pas explicitement exigé qu'il cesse ces agissements ».

¹⁸⁶⁵ CE, 18/07/2018, 4^{ème} et 1^{ère} chambre réunie, rec. 418844 : « Est légale la décision de suspendre un professeur des universités accusé de harcèlement moral et sexuel à l'encontre d'une de ses subordonnées ».

profils, en identifiant les comportements qui leur correspondent, la psychanalyse prend une place importante dans l'écoute des personnes en détresse. Cette prise en charge, loin d'ouvrir des chemins de libertés, encadre nos pratiques au nom d'une « sagesse pratique »¹⁸⁶⁶. Une certaine vertu morale oriente et normalise toujours nos conduites sexuelles.

Le contrôle de notre sexualité est d'autant plus important qu'il est diffus et continu. Alors que la prison met à l'écart en enfermant pour une durée déterminée ceux dont les comportements sont déviants, l'omniprésence du contrôle dans la vie courante est prégnante. Gilles Deleuze avait parfaitement décrit le passage entre ces deux modèles, quand la surveillance des personnes s'effectue « non plus par enfermement, mais par contrôle continu et communication instantanée »¹⁸⁶⁷ et quand « les mécanismes de maîtrise se font (...) toujours plus immanents au champ social, diffusés dans le cerveau et le corps de citoyens »¹⁸⁶⁸. Ce contrôle omniprésent dans le temps et dans l'espace s'exerce partout : famille, écoles, institutions, entreprises, médias divers et multiples, réseaux sociaux en masse, établissements publics et privés, lieux associatifs de toutes sortes, etc. Il ne s'exerce pas d'une manière verticale sur les individus. Il se répand dans nos vies, au quotidien. Il est à l'école où le Code de l'éducation nationale se propose d'éduquer à la sexualité sur « les valeurs humanistes de liberté, d'égalité et de tolérance, sur le respect de soi et d'autrui »¹⁸⁶⁹, tout en disqualifiant implicitement les mauvaises pratiques. Or

¹⁸⁶⁶ Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, op. cit., 421 p.

¹⁸⁶⁷ Gilles DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle », in *Pourparlers 1972 - 1990*, Les Éditions de Minuit, 1990.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ V. Circulaire du ministère de l'Éducation Nationale du 12/9/2018 ; et aussi art. L121-1 CSP, modifié par la Loi n°2018-698 du 3 août 2018 : « Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sont chargés de transmettre et de faire acquérir connaissances et méthodes de travail. Ils contribuent à favoriser la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'orientation. Ils concourent à l'éducation à la responsabilité civique, y compris dans l'utilisation d'internet et des services de communication au public en ligne, et participent à la prévention de la délinquance. Ils assurent une formation à la connaissance et au respect des droits de la personne ainsi qu'à la compréhension des situations concrètes qui y portent atteinte. Ils dispensent une formation adaptée dans ses contenus et ses méthodes aux évolutions économiques, sociales et culturelles du pays et de son environnement européen et international. Cette formation peut comprendre un enseignement, à tous les niveaux, de langues et cultures régionales. L'éducation artistique et culturelle ainsi que l'éducation physique et sportive concourent directement à la formation de tous les élèves. Dans l'enseignement supérieur, des activités physiques et sportives sont proposées aux étudiants. Les écoles, les collèges et les lycées assurent une mission d'information sur les violences et une éducation à la sexualité ainsi qu'une obligation de sensibilisation des personnels enseignants aux violences sexistes et sexuelles et à la formation au respect du non-consentement », et art. L312-16 CSP, modifié par la Loi n°2016-444 du 13 avril 2016 : « Une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge

le désir et le plaisir s'éduquent-t-il ? Le cercle vertueux de la protection et de la punition s'étend à nos lieux de travail où les règles de déontologie se font de plus en plus contraignantes : un magistrat est sanctionné parce qu'il visualise des scènes pornographiques sur son ordinateur portable, un comptable est licencié pour la même attitude¹⁸⁷⁰, un pompier est licencié car il a eu des relations sexuelles avec une collègue¹⁸⁷¹. On nous apprend qu'il vaut mieux s'abstenir.

Et cette surveillance des individus est continue dans le temps. Nos comportements sont repérés tout au long de notre vie, de jour comme de nuit ; les nouvelles technologies renforcent encore cette surveillance inexorable. Tous connectés, nous sommes tous contrôlés discrètement, sans relâche, au fil de technologies algorithmiques qui s'affinent et se répandent de façon exponentielle dans tous les domaines de l'existence. Il est possible de savoir ce que nous achetons dans les sexshops réels et virtuels, tout autant que ce que nous regardons sur nos écrans, alors que nous nous croyons seuls, tranquillement installés dans notre canapé. Cette surveillance est d'autant plus importante que la sexualité se fait visible. On s'habille « sexy »¹⁸⁷². On se crée des profils sur des sites dédiés au sexe ou aux rencontres sexuelles. On se montre dans des lieux libertins. On s'embrasse dans la rue. On se filme. Des images circulent sur net. Et un juge peut être déféré devant les tribunaux pour mœurs sexuelles indignes et violentes¹⁸⁷³. Pris dans l'injonction de tout dire, de raconter nos émotions, de faire état de nos expériences, nous ouvrons la porte à nos censeurs¹⁸⁷⁴. Ce mot d'ordre trouve son fondement et son amplification en partie dans la pratique du divan, mais surtout dans une certaine presse qui

homogène. Ces séances présentent une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes. Elles contribuent à l'apprentissage du respect dû au corps humain. Elles peuvent associer les personnels contribuant à la mission de santé scolaire et des personnels des établissements mentionnés au premier alinéa de l'article L2212-4 du code de la santé publique ainsi que d'autres intervenants extérieurs conformément à l'article 9 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement. Des élèves formés par un organisme agréé par le ministère de la santé peuvent également y être associés. Un cours d'apprentissage sur les premiers gestes de secours est délivré aux élèves de collège et de lycée, selon des modalités définies par décret.

¹⁸⁷⁰ CA de Bordeaux, Chambre sociale section b, 5 septembre 2019, n° 17/00902.

¹⁸⁷¹ La Cour d'appel de Paris a estimé le 10 juin 2003 que le licenciement pour faute grave d'un pompier au sein du service incendie d'une société était justifié étant donné qu'il avait eu des relations sexuelles avec une salariée de l'entreprise pendant son temps de travail, dans un local consacré au service des pompiers, et que ses actes l'auraient empêché de répondre immédiatement à une éventuelle demande d'intervention urgente.

¹⁸⁷² Cf. Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Champs, Essais, 2008, 241 p.

¹⁸⁷³ CEDH, 1^{ère} sect., 17 février 2005, *K. A. et A. D. c / Belgique*.

¹⁸⁷⁴ Cf. Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, op. cit., 270 p.

explique et répète à n'en plus finir comment la parole libère. Ce sont des confessions littéraires¹⁸⁷⁵, mais aussi des mouvements sociaux comme « Balance ton porc », « #Mee Too », etc. Ainsi du fait du brouillage entre la sphère du public et du privé, nous retrouvons livrés à un contrôle dont la cartographie est considérablement élargie.

Ce modèle de société se veut « bienveillant », puisque le contrôle qu'il promet permet de sortir de l'enfermement. Or, avec un parallélisme certain, il enferme tout autant car nous ne savons pas exactement si, où, et quand nous sommes surveillés : il s'opère en plusieurs phases.

B. Les phases du contrôle

La discipline sexuelle s'est construite sur des interdits clairs, directs et immédiats. Est interdit ce qui n'est pas autorisé. Interdire, c'est formuler une défense, c'est refuser un droit ou une liberté au nom d'un impératif, individuel ou collectif¹⁸⁷⁶. En matière de sexualité, les interdits ont longtemps codifié le désir¹⁸⁷⁷, et la jouissance se trouvait surtout dans la transgression¹⁸⁷⁸. Aujourd'hui, de plus en plus, le désir fonctionne aussi dans une certaine normalité, on se réfère à toutes sortes de modèles, et de nouvelles formes de contrôle jouent différemment. Ce n'est plus un pouvoir sur nos libidos qui s'exerce, c'est plutôt un savoir qui opère. Un large savoir

¹⁸⁷⁵ Cf. Claire MAXIMOVA, *La tyrannie du silence. J'étais carmélite et un prêtre m'a violée*, Cherche Midi, 2019, 352 p. ; Vanessa SPRINGORA, *Le consentement*, Grasset, 2020, 216 p.

¹⁸⁷⁶ Paul-Laurent ASSOUN, « Franchissement des limites et désir d'interdit », in Paul-Laurent ASSOUN, Gérard BONNET, Christian FLAVIGNY, Caroline LEBRUN, José MOREL, *Interdits et limites. Les conditions du vivre ensemble*, Éditions In Press, 20176, p. 41.

¹⁸⁷⁷ Pendant des siècles, des gens ont été punis, châtiés, torturés pour péchés de fornication, de luxure, de débauche, d'adultère, de désirs « contre nature ». Gérard Zwang décrit comment « détournant le sperme du vagin conjugal, Onan périt foudroyé ; on a brûlé des sodomites sur des bûchers arrosés d'eau bénite, on a châtré des adultères, on a roué, écorché, pendu des malheureux qui avaient été trop affectueux avec leur chienne ou leur ânesse, les sorcières accusées de forniquer avec le bouc satanique rôtaient au feu de flammes qui n'avaient rien de mystique. Au XXème siècle, certains prélats (...) n'hésitent pas à considérer l'union sexuelle des adultères comme contraires à la nature (...) et les marginaux du sexe, ces malades de l'érotique empruntent des sentiers divers, plus ou moins escarpés ou souterrains », in Gérard ZWANG, « Les déviations sexuelles », in *La Fonction érotique*, Robert Laffont, 1972, p. 89. Encore aujourd'hui, les « déviants sexuels » de toutes espèces à la norme, ne sont pas égaux devant la justice : il est par exemple préférable d'être nécrophile que proxénète, ou désormais client de prostitué, mais nombre de pratiques sexuelles, si elles sont discrètes, n'encourent pas de sanction devant les tribunaux, ce sont la coprophagie, la scatophilie, le fétichisme, le sadomasochisme, la gérontophilie, l'échangisme, l'amour à plusieurs, etc.

¹⁸⁷⁸ Paul-Laurent ASSOUN, *Le pervers et la femme*, Economica, Psychanalyse, 3^{ème} éd, 2016, 328 p.

normatif, constitutif de « vérités » qui se décomposent en trois phases : une collecte de données, une information largement diffusée, et une optique de bon ordonnancement de notre sexualité.

Le contrôle prend d'abord la forme d'une quête de données sur nos pratiques sexuelles. Depuis 1970 et la première étude en France menée par Pierre Simon¹⁸⁷⁹, les sciences humaines effectuent des analyses qui permettent de mesurer la fréquence de nos rapports sexuels, leurs formes, leurs contenus. Le travail d'enquête s'est démultiplié, notamment à la demande de l'État, pour développer des politiques de santé préventives contre les maladies sexuellement transmissibles. Et si parfois, le chercheur en sociologie se fait discret par égard pour les personnes interrogées, lorsqu'il travaille ses études sur le terrain, son écoute est particulièrement attentive. La collecte d'informations est loin d'être simple¹⁸⁸⁰, mais les travaux de recherche foisonnent car le développement d'internet favorise et facilite la récupération des données.

Parallèlement à ces opérations de recherche, les récits « sexuels » foisonnent dans la littérature contemporaine et dans nos journaux quotidiens. Le sexe est partout, dans l'expression artistique, dans la presse écrite et audio-visuelle, les brochures, les publicités, les manuels, les cours, le cinéma. Enfin, des opérateurs privés comme Google, le plus gros site internet mondial¹⁸⁸¹, stockent massivement des myriades de données personnelles¹⁸⁸² : ils ne méconnaissent rien de nos habitudes, de nos goûts, de nos recherches, de nos achats, de nos inscriptions, de nos *likes* sur les réseaux sociaux ; ils enregistrent nos désirs, nos inclinations les plus secrètes. Google¹⁸⁸³

¹⁸⁷⁹ Le docteur Pierre Simon fait paraître un épais rapport sur la sexualité des Français. Il s'agit d'une première grande enquête d'opinion en matière de sexualité, elle est étudiée dans toute sa dimension sociologique, comme une forme de relation sociale.

¹⁸⁸⁰ Isabelle CLAIR « La sexualité dans le travail d'enquête, décryptage d'un tabou méthodologique », *Revue française de sociologie*, 2016, vol. 57, p. 45.

¹⁸⁸¹ En juillet 2018, la Commission européenne a condamné Google à une amende de 4,3 milliards d'euros pour abus de position dominante. Le 15 mars 2019, Google a encore été menacé par la Commission européenne qui lui reprochait d'avoir abusé de sa position dominante dans les recherches internet pour privilégier ses services, au détriment de ceux de ses concurrents. Le 20 mars, elle lui a infligé une amende de 1,5 milliard d'euros.

¹⁸⁸² Le 21 janvier 2018 en France, la CNIL condamne Google à une amende de 50 millions d'Euros, en application du règlement européen sur la protection des données personnelles, pour manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité.

¹⁸⁸³ Le nom de Google provient du mot « Gogol », qui est le nom donné au nombre 10 puissance 100, choisi en référence à la capacité de Google à traiter une quantité de données extrêmement importante.

sait tout de notre sexualité¹⁸⁸⁴, de notre libido, et la posture de ce moteur de recherche n'est pas sans faire penser à un système de surveillance ancêtre, le panoptique de Jeremy Bentham, dispositif dispensateur de contrôle continu et anonyme¹⁸⁸⁵.

Cette collecte des données conduit naturellement à une information. Ici, toutes les institutions et médias sont mobilisés. De l'école aux établissements de soin, des simples quotidiens aux revues spécialisées et aux rapports scientifiques produits par des agences de recherche, les contenus empiriques sur nos pratiques circulent. Dans notre société du spectacle et de l'information incessante, le sexe est mis en scène et nos ébats les plus intimes sont étudiés, commentés, analysés, quantifiés, mesurés, critiqués, modélisés. Chaque enquête sur notre sexualité, donne lieu à des comptes rendus que l'on découvre dans une presse multicatégorielle, jusqu'aux annonces impromptues sur nos téléphones portables, et cette circulation d'informations n'est pas neutre. Ce vaste savoir sur la sexualité, collecté et diffusé, permet un contrôle important, car ces informations répétées et encore répétées, un peu à la manière d'un endoctrinement, reviennent à faire circuler, des « mots d'ordre »¹⁸⁸⁶, selon l'expression de Gilles Deleuze. On nous informe, on nous enseigne, on nous avise. L'information est un élément de domination qui ne dit pas son nom, mais qui en revanche nous dit ce que nous sommes supposés penser, ce que nous sommes tenus de croire¹⁸⁸⁷, comment nous devons nous comporter *comme si nous y croyions*¹⁸⁸⁸ vraiment. Ce système de l'information comme mode

¹⁸⁸⁴ Tout est mémorisé, enregistré, nos recherches les plus singulières, les plus privées, qui tissent la trame intime de nos existences, et ces données donnent lieu à une communication ciblée et personnalisée sur notre sexualité.

¹⁸⁸⁵ Au sujet du panoptique, Gilles Deleuze écrit : « Quand Foucault définit le Panoptisme, tantôt il le détermine concrètement comme un agencement optique ou lumineux qui caractérise la prison, tantôt il le détermine abstraitement comme une machine qui non seulement s'applique à une matière visible en général (atelier, caserne, école, hôpital autant que prison), mais aussi traverse en général toutes les fonctions énonçables. La formule abstraite du Panoptisme n'est plus de "voir sans être vu", mais d'"imposer une conduite quelconque à une multiplicité humaine quelconque", in Gilles DELEUZE, *Foucault*, Éditions de Minuit, 2004, p. 41.

¹⁸⁸⁶ Gilles Deleuze souligne que les déclarations de police sont dites à juste titre des « communiqués ».

¹⁸⁸⁷ Gilles Deleuze, sur les sociétés de contrôle : https://www.youtube.com/watch?v=4ybvyj_Pk7M.

¹⁸⁸⁸ Gilles Deleuze écrit : « Quand on vous informe, on vous dit ce que vous êtes censés devoir croire. En d'autres termes, informer c'est faire circuler un mot d'ordre (...). On nous communique de l'information, on nous dit ce que nous sommes censés être en état ou devoir ou être tenus de croire. Même pas de croire mais de faire comme si on croyait. On ne nous demande pas de croire, mais de nous comporter comme si nous croyions. C'est cela l'information, la communication, et indépendamment des mots d'ordre et de leur transmission, il n'y a pas d'information, il n'y a pas de communication. Ce qui revient à dire que l'information est exactement le système de contrôle. C'est évident et ça nous concerne

de contrôle nous concerne particulièrement aujourd'hui ; il se répand en une arborescence envahissante, titanesque, diffuse, insidieuse. Ainsi la sexualité est-elle massivement « gouvernée », et tout ce qui peut poser problème est distillé dans les esprits, de façon à ce que le gouvernement de soi s'intègre à une pratique globale du gouvernement des autres. Ces éléments de savoir fonctionnent comme des dispositifs de pouvoir. Ils sont à la fois normalisants et constituants de la sexualité. Ils deviennent constitutifs de vérités.

Normalisants, car d'innombrables enquêtes et rapports permettent la diffusion des critères d'une bonne sexualité, d'une sexualité épanouie, presque sacralisée, conforme à celle « de tout le monde ». L'information banale sur le nombre de rapports sexuels à avoir par mois, ou sur le développement des clubs libertins, et l'utilisation de diverses panoplies d'accessoires et de jouets sexuels est signifiante, car elle a quelque chose de culpabilisant, elle oriente les pratiques pour que l'on intègre une certaine norme comportementale. Les organes sexuels sont jaugés, les manières de jouir analysées, et on (pré)juge des « bons » comportements. En creux, un mépris sous-jacent et une certaine suspicion se développent envers ceux dont la sexualité ne correspond pas aux standards de l'épanouissement « normal ». Et si des pratiques sexuelles ne correspondent pas à la représentation normative d'une sexualité génitale orgasmique aux plaisirs partagés, on n'hésite pas à les qualifier de rédhibitoires, immorales, traumatogènes, dégradantes.

L'information ne contribue pas seulement à la normalisation, elle est aussi constitutive de notre sexualité, car la « normalité », dans les sciences sociales, se fait vérité. Les études scientifiques ne se limitent pas à décrire des situations ; elles posent des lois pour expliquer que tels comportements à risque conduisent à telles conséquences, la description transforme juridiquement notre sexualité¹⁸⁸⁹.

Les sociétés d'information permettent une démultiplication vertigineuse des surveillants et des censeurs qui usent de dispositifs parfois dépourvus de critères identifiables. La loi juridique

particulièrement aujourd'hui », in Gilles DELEUZE, *Deux régimes de fous, Textes et entretiens 1975-1995*, Édition préparée par David Poujade, Les Éditions de minuit, 2003, p. 298.

¹⁸⁸⁹ Cf. Sébastien PIMONT, Vincent FORRAY, *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2017, 366 p.

n'est plus essentielle pour poser les interdits. Nous devenons nos propres censeurs, quelquefois avec la complicité de la psychanalyse qui reste ambivalente sur la question des perversions sexuelles. Si Sigmund Freud renonçait à cerner une sexualité « normale »¹⁸⁹⁰ et indiquait que *la perversion s'inscrit de fait comme la norme elle-même*, la psychanalyse est restée longtemps très méfiante vis à vis de nos pratiques sexuelles. Et on peut admettre comme Laurie Laufer que parfois « le savoir érigé en neutralité scientifique n'est que la face cachée de préjugés, et le caractère pathologisant diagnostiqué par certains experts « psychanalystes » n'est que le cache-sexe d'une position morale et normative »¹⁸⁹¹. Mais les corps et leur plaisir ne peuvent être tout à fait sous contrôle, on n'éduque pas le désir, car le désir est désordre. Et ce qui devrait rester de l'ordre du privé, du refoulé, devient explicitement politique. Tel est bien le problème pour certains tenants du « nouvel ordre sexuel »¹⁸⁹² tant symbolique que juridique. Un ordre dont le fondement est source de bien des interrogations.

¹⁸⁹⁰ On sait que le grand scandale des travaux freudiens a été la découverte de l'insupportable sexualité infantine, au cœur du sujet, et son polymorphisme pervers, que Sigmund Freud appelait « l'infantilisme de la sexualité », c'est-à-dire, l'immense difficulté, voire l'impossibilité, de cerner une sexualité que l'on pourrait qualifier de « normale », indépendamment de son ancrage dans le pervers infantile.

¹⁸⁹¹ Laurie Laufer explique que face à ce qui peut susciter un certain effroi moral, quand il faut légiférer, cadrer, des experts « psy » sont convoqués, et on assiste parfois à une sorte d'« affolement analytique ». Pour un meilleur contrôle, on attend même de ces « psy » un discours non seulement analytique mais prédictif, alors même que « la question de la prédictivité est étrangère à la position analytique », in Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, p. 13.

¹⁸⁹² Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, op. cit., 157 p.

Section II

Un fondement discutable

« Depuis le commencement du XIXème siècle un triste troupeau de femmes peine dans les mines et dans les usines où elles font métier d’hommes ; elles n’ont rien demandé en échange, mais elles ont fait crédit à la société de tout ce qu’elles lui ont sacrifié de leur corps et leur âme ; maintenant commence à s’établir cette conviction que, puisque les femmes ont fait métier d’hommes, en compensation elles doivent avoir les droits politiques de l’homme »¹⁸⁹³.

Maurice Hauriou

L’ordre sexuel s’impose à nous. La question de son fondement demeure problématique. Car l’*Arkhè*, l’origine du pouvoir, le pouvoir lui-même, le fondement de l’autorité, échappent bien souvent à l’analyse : derrière chaque commencement se cache un autre commencement et la recherche d’une origine est toujours infinie. Giorgio Agamben indique que « l’origine est ce qui commande et gouverne non seulement la naissance, mais aussi la croissance, le développement, la circulation ou la transmission - en un mot l’histoire - de ce à quoi elle a donné origine. (...). L’origine ne cesse jamais de commencer, c’est-à-dire de commander et de gouverner ce qu’elle a fait venir à l’être »¹⁸⁹⁴. La question du fondement de l’ordre sexuel comme commandement nécessite un travail d’enquête qui emprunte plus à l’archéologie qu’au dévoilement d’une source unique fondative d’un système de contrainte. Si l’on sait que le système de domination sexuelle s’origine dans la volonté de puissance de ceux qui posent la Loi (I), il apparaît qu’une construction culturelle d’ampleur participe à l’édification de l’ordre sexuel (II).

¹⁸⁹³ Maurice HAURIUO, Olivier Beaud (préf.), *Principes de droit public*, Dalloz, (reprod. de l’ouvrage initial de 1910 paru chez Sirey), 2010, p. 199.

¹⁸⁹⁴ Giorgio AGAMBEN, *Qu’est-ce que le commandement*, Payot & Rivages, Poche, 2013, pp. 14-15.

I. Une assise masculine

Dès la formation de la civilisation, l'homme a fait de la supériorité mâle le fondement de l'ordre sexuel, postulant l'infériorité *essentielle* du féminin pour mieux le maîtriser, posant une hiérarchie des sexes qui se traduit par ce que l'on nomme « domination masculine »¹⁸⁹⁵ (A). Mais il apparaît au regard à la fois de la théorie de genre - qui implique des attentes sociales normées, construites dans l'imaginaire collectif en fonction du sexe - et de la théorie *queer* - qui amène chaque individu à assumer toutes les perceptions intimes du soi sexué sans genre défini - qu'une illusion naturaliste¹⁸⁹⁶ fonde cette domination, et que le mythe du règne de la virilité toute puissante se teinte de nuances crépusculaires (B).

¹⁸⁹⁵ Jean-Marc PÉTILLON, Christophe DARMANGEAT, *Histoire et préhistoire de la domination masculine*. Parcours. Cahiers du GREP Midi-Pyrénées, GREP MP, 2018, 57, pp. 97-125. Ces auteurs expliquent que « Dans les formes sociales les plus archaïques, on continue à trouver des sociétés structurées par la domination masculine (...). Mais (et c'est frappant) il n'y a pas de société où existe une domination féminine : on n'a jamais trouvé de vraie société matriarcale, où ce seraient les femmes qui auraient l'exclusivité du pouvoir et dirigeraient la société et les hommes. Cela n'existe pas (...). Une clé explique beaucoup de choses : l'existence, au-delà des grandes différences dans la division sexuée du travail, d'une constante universelle (...), qui a réservé aux hommes l'ensemble des tâches liées à l'utilisation des armes, (du moins des plus dangereuses) et donc qui leur a réservé la chasse, la guerre, la politique. Les hommes ont partout le monopole, ou le quasi-monopole, de cette sphère. Les femmes peuvent détenir ou non certains contre-pouvoirs susceptibles d'équilibrer plus ou moins ceux des hommes (...) ». Au bout d'un long exposé basée sur le recueil de traces objectives depuis le paléolithique, Jean-Marc Pétillon conclut que l'« on peut dire, presque littéralement, que l'origine de la domination masculine se perd dans la nuit des temps », v. p. 113. Christophe Darmangeat ajoute que « la division du travail par sexe a été la première de toutes. Mais plus on a avancé, plus elle s'est avérée dépassée, voire inutile, contre-productive (...). Alors aujourd'hui, oui, la division sexuée du travail et la domination masculine sont devenues caduques et devraient disparaître », v. p. 124.

¹⁸⁹⁶ À l'appui d'une remise en cause de cette illusion naturaliste, le journaliste et écrivain Jean Noël Jeanneney, dans son émission *Concordance des temps* du 3 octobre 2020, explique que « Des Amazones aux Femen, l'Histoire occidentale regorge de figures féminines offensives qui ont investi l'espace public. Un recours à la violence longtemps occulté et caricaturé par un regard masculin soucieux de perpétuer le mythe de l'innocence féminine et d'écarter les femmes du pouvoir ». V. aussi, Martial POIRSON (dir.), *Combattantes, une histoire de la violence féminine en occident*, Le Seuil, 2020, 264 p. L'existence des amazones guerrières semble aujourd'hui prouvée au regard des recherches, elles ne sont plus un mythe, les traces laissées par elles permettent de comprendre leur mode de vie (jambes arquées dès le plus jeune âge du fait de leur pratique équestre), corps violemment marqués de blessures liées au combat, etc.

A. La domination de l'homme

« Il n'existe nulle part un malheur étanche uniquement féminin, ni un avilissement qui blesse les filles sans éclabousser les pères, ou les mères sans atteindre les fils »¹⁸⁹⁷.

Germaine Tillion

Sans revenir à l'aube des temps¹⁸⁹⁸, on constate que la construction de la modernité a été charpentée par une domination masculine robuste et durable. Dans l'État, le mâle détient le pouvoir. L'assise masculine au fondement de l'ordre sexuel s'est enracinée dans la généralité de la Loi comme « expression de la volonté générale », et cette volonté a été formulée du point de vue des hommes par une sexuation des normes qui a organisé de manière patente l'infériorité juridique des femmes, à la fois dans la sphère privée et dans la sphère publique, comme une situation « naturelle ». L'histoire misogyne du droit de la famille consacrée par le Code civil de 1804¹⁸⁹⁹, et la pensée des pères fondateurs de la psychanalyse¹⁹⁰⁰, ont consacré la domination masculine au croisement de deux modèles, celui de la Loi et celui de l'Œdipe. La Loi a toujours été une affaire d'hommes, et elle continue de servir la puissance et la domination millénaire des hommes qui parlent encore au nom des femmes¹⁹⁰¹ et ne les considèrent pas comme leurs égales¹⁹⁰², comme si une forme de pensée universelle continuait de placer le genre féminin en

¹⁸⁹⁷ Germaine TILLION, *Le Harem et les Cousins*, Seuil, Points, Essais, 2015, p. 14.

¹⁸⁹⁸ Nous ne reviendrons pas sur les très nombreux travaux de l'anthropologie et de l'histoire sur la place de l'homme et de la femme dans l'organisation du pouvoir.

¹⁸⁹⁹ Le Code Napoléon, rédigé en 1804, enferme littéralement les femmes au sein de la famille et les exclut de la sphère publique. Jusqu'en 1970, elles sont soumises à l'autorité du père et du mari. Sommées d'accomplir leur devoir conjugal, les femmes sont dotées d'un statut de mineures, tant en droit matrimonial que conjugal, elles sont juridiquement incapables : selon l'ancien article 1124, les personnes privées de droits juridiques étaient les mineurs, les femmes mariées, les criminels et les débiles mentaux.

¹⁹⁰⁰ Selon les théories psychanalytiques freudienne et lacanienne, les femmes souffriraient de l'absence de pénis. La domination masculine est posée comme vérité des lois de l'inconscient, *a contrario* du féminisme qui la pense comme une construction sociale.

¹⁹⁰¹ Déjà dans l'*Odyssée*, Télémaque enjoint les femmes de se taire quand il déclare que « la parole est l'affaire des hommes ». Sophocle dans *Ajax* répète des mots dont l'écho nous parvient encore : « Femme, le silence est l'ornement des femmes ». Et Saint-Paul dans la Première Épître à Timothée : « la femme doit garder le silence, en toute soumission », in Yvan JABLONKA, *Des hommes justes*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2019, p. 60.

¹⁹⁰² Le rapport masculin/féminin a été primitivement conçu selon le modèle parent/enfant, comme si les hommes étaient de « grandes personnes » et les femmes des « petites personnes », in Françoise HÉRITIER, « Les origines de la domination masculine », in *Masculin-Féminin. Pluriel*. Auxerre, Éditions Sciences Humaines, Essais, 2014, p. 74.

position d'infériorité, en dépit de l'avancée du processus d'égalité juridique depuis un demi-siècle¹⁹⁰³. La pensée à la source de l'assise masculine de l'ordre sexuel a une histoire, celle de la manière dont les comportements sociaux et sexuels, et les désirs, ont été problématisés, transposés, métamorphosés en commandements - en lien avec la volonté, le pouvoir et la puissance des hommes ¹⁹⁰⁴ -, par un ensemble de pratiques constituées à la fois en langages et en objets pour la pensée, fondateurs de la construction conceptuelle et empirique de la hiérarchie des sexes.

Si l'on ne se préoccupe pas de la préhistoire de la domination masculine¹⁹⁰⁵, on peut estimer que la genèse du pouvoir masculin - avec ses droits, ses passe-droits, ses injustices et ses privilèges - réside dans le droit sexuel d'Adam : le récit patriarcal biblique évoque sa puissance de procréation et de création, sa supériorité, perpétuées sans fin, non seulement au niveau domestique, mais par des instances et des institutions séculaires, telles la Famille, l'Église,

¹⁹⁰³ La question de l'égalité entre les sexes a d'abord été posée d'un point de vue philosophique en France et en Europe dès le 17^{ème} siècle, elle n'est devenue politique et sociale qu'au début du 20^{ème} siècle. On relève, parmi bon nombre de dispositions législatives en faveur d'une égalité progressive entre hommes et femmes, que la loi n° 2006-340 sur l'égalité salariale date seulement du 23 mars 2006, et que la « Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République vers la parité dans les responsabilités professionnelles et sociales », date du 23 juillet 2008, et complète l'article 1er de la Constitution par un alinéa qui dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». En 2012, le décret n° 2012-1408 du 18 décembre 2012, relatif à la mise en œuvre des obligations des entreprises pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, renforce le dispositif de pénalité qui pèse sur les entreprises ne respectant pas leurs obligations en matière d'égalité professionnelle. La loi n° 213-660 du 22 juillet 2013, relative à l'enseignement supérieur et à la recherche prévoit la parité avec des listes électorales en alternance, et des nominations à la gouvernance des établissements d'enseignement supérieur et de recherche. Ce n'est que le 4 août 2014, que la loi n° 2014-873 pour l'égalité *réelle* entre les femmes et les hommes voit le jour, toujours pour combattre les inégalités entre les sexes. Mais la réalité reste fort éloignée de la règle. Le Ministère de la culture indique en effet dans un communiqué de presse du 6 mars 2020 que : « si les femmes forment 60 % des effectifs étudiants des écoles nationales supérieures se destinant aux différents métiers de l'art et de la culture, elles s'insèrent toujours moins facilement que les hommes après l'obtention de leur diplôme. Indépendantes ou salariées, elles perçoivent des rémunérations inférieures à celles des hommes et accèdent moins souvent qu'eux à la consécration artistique. La prévalence des stéréotypes sexistes, également propices à l'apparition et à la légitimation des violences et du harcèlement sexuels et sexistes, transparait au travers des données statistiques ».

¹⁹⁰⁴ On peut se poser la question de la *raison* du commandement : d'après Giorgio Agamben, l'ontologie du commandement se définit par une efficacité particulière, en lien avec sa performativité, elle-même liée à la puissance. Si l'homme commande, c'est parce qu'il a le pouvoir, et il l'a parce que sa volonté commande à sa puissance, *in* Giorgio AGAMBEN, *Qu'est-ce que le commandement*, *op. cit.*

¹⁹⁰⁵ Cf. Jean-Marc PÉTILLON, Christophe DARMANGEAT, *Histoire et préhistoire de la domination masculine*, *op. cit.*

l'État, l'École, etc.¹⁹⁰⁶ Une puissance masculine encouragée par une vision essentialiste de la biologie¹⁹⁰⁷, du droit¹⁹⁰⁸, et d'une certaine psychanalyse, à la source de l'asservissement des femmes, et qui a contribué à entretenir une subordination extraordinairement ordinaire. Une logique d'ascendant qui a transformé l'histoire en nature, l'arbitraire culturel en naturel¹⁹⁰⁹. Pierre Bourdieu explique qu'« un long travail collectif de socialisation du biologique et de biologisation du social » a permis l'émergence d'une construction sociale comme fondement naturel de la division des sexes¹⁹¹⁰. Ainsi, le concept de genre en tant qu'habitus sexué, comme « système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes/femmes) et entre les valeurs et représentations qui leur sont associés (masculin/féminin) »¹⁹¹¹, a conduit à penser, à élaborer et à naturaliser « des mécanismes de pouvoir (de classement, de distinction) et de domination (de hiérarchisation) »¹⁹¹², ratifiés ou confondus par la norme de droit. Ce système de domination, inscrit dans l'objectivité des structures sociales, et dans la subjectivité des structures cognitives, charpente profondément la pensée de l'opposition entre le masculin et le féminin, si profondément que même l'analyste le plus averti puise ses instruments de pensée dans cet inconscient impensé.

S'interroger quant à l'origine de la domination masculine peut conduire à l'idée facile du déterminisme biologique, des différences morphologiques selon les sexes (l'homme grand et fort, la femme petite et frêle), même si elles ne sont peut-être pas aussi naturelles et universelles

¹⁹⁰⁶ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Points, Essais, 2014, p. 8.

¹⁹⁰⁷ En opposition avec cet essentialisme, Françoise Héritier indique qu'« Il ressort enfin des études biologiques et neurologiques les plus récentes que les tempéraments et les dispositions psychologiques et techniques des individus présentent plus de diversité interindividuelle que de diversité sexuée à l'aune des hormones ». Et que « la neurobiologie démontre que les mêmes aires cérébrales sont affectées pour les deux sexes lorsqu'ils effectuent des activités semblables, que là aussi les différences interindividuelles sont plus considérables que celles qui sont a priori imputables au sexe et que, lorsque des fonctionnements particuliers touchent d'autres zones cérébrales que la zone habituelle, cela est dû, chez les deux sexes, à la création de synapses nouvelles dans des processus soutenus d'apprentissage et de spécialisation », in Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Le Pommier, Le collège de la cité, 2010, pp. 16-17.

¹⁹⁰⁸ Cf. Ute GERHARD, « Le Droit civil, un outil de domination masculine ? », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe* (en ligne), ISSN 2677-6588, 2016, mis en ligne le 14/11/2016, consulté le 20/09/2020, 8 p.

¹⁹⁰⁹ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹⁹¹¹ V. Laure BERENI (dir.), *Introduction aux études sur le genre*, 2^{ème} éd., Ouvertures politiques, de Boeck, 2012, p. 10.

¹⁹¹² Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, *op. cit.*, p. 13.

qu'elles en ont l'air¹⁹¹³. Différences auxquelles fait écho une forte idéologie viriliste, car « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir »¹⁹¹⁴. Des générations d'êtres humains ont construit au fil des siècles un système¹⁹¹⁵ verrouillé, artificiel, où l'homme règne, et où la femme, physiquement et mentalement plus faible, sert. Un système dont la lecture critique, et qui plus est, la remise en question, ont été rendues difficiles par une distribution des rôles¹⁹¹⁶ constituée en doctrine, conjuguant le religieux, le scientifique et le politique, de telle sorte que les femmes l'intériorisent comme une mécanique de servitude volontaire, décrite avec justesse par le psychanalyste Bruno Bettelheim : « Plus la tyrannie est absolue, plus le sujet en est affaibli, et plus il est tenté de reconquérir la force perdue en s'intégrant à la tyrannie afin de partager sa puissance (...) mais au prix d'une identification sans réserve à la tyrannie. Bref il lui faut renoncer à toute autonomie »¹⁹¹⁷.

La grande puissance suggestive de l'idéologie virile - on pense au *bonus pater familias* du droit latin, consacré par le Code civil de 1804¹⁹¹⁸ - est liée non seulement au fait qu'elle structure les rapports de domination entre le masculin et le féminin, mais aussi à la représentation globale

¹⁹¹³ Les traces humaines les plus anciennes, datant du paléolithique, ne présentent pas de différence de taille ou de diamètre selon les sexes, les corps présentaient des corpulences analogues. L'écart apparu ultérieurement et progressivement pourrait être le résultat de régimes alimentaires différenciés : les protéines pour les garçons et les hommes, les restes et les bouillies pour les filles et les femmes, ceci expliquant la constitution plus faible de ces dernières. L'anatomie serait donc « politique » selon l'expression foucauldienne, in Priscille TOURAINE, *Hommes grands, femmes petites : une évolution coûteuse. Les régimes de genre comme force sélective de l'alimentation biologique*, MSH, 2008, 441 p. (une thèse cependant controversée : v. Jean-Marc PÉTILLON, Christophe DARMANGEAT, *Histoire et préhistoire de la domination masculine, op. cit.*). V. aussi Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, p. 55.

¹⁹¹⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, GF, 2011, 255 p.

¹⁹¹⁵ L'étymologie du mot « système », *systema*, signifie assemblage et vient du verbe *systemô*, qui signifie entrelacer, attacher. Olivia Gazalé définit le système comme « un dispositif complexe dont toutes les articulations, solidaires et interdépendantes, forment un tout organisé et clos sur lui-même », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, p. 59.

¹⁹¹⁶ À la manière d'un « arrangement », d'une « collaboration » très déséquilibrée, acquise pendant des siècles par l'endoctrinement, la privation éducative, la coercition et la discrimination, in Yvan JABLONKA, *Des hommes justes*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2019, p. 72-73.

¹⁹¹⁷ Bruno BETTELHEIM, *Le cœur conscient*, Le Livre de poche, Pluriel, 1981, 384 p.

¹⁹¹⁸ La loi n° 2014-873 du 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, a supprimé l'expression conceptuelle patriarcale de « bon père de famille » pour la remplacer par les termes plus neutres de « raisonnable », ou « raisonnablement », qui ne véhiculent plus de stéréotype sexuel, dans une optique d'égalité juridique entre les femmes et les hommes. Il en est dorénavant ainsi dans le Code civil, dans le Code de la consommation, le Code rural et de la pêche maritime, le Code de l'urbanisme, le Code de la construction et de l'habitation.

du monde, classifié, modelé, gouverné, selon des catégories de pensée fondamentalement binaires qui pénètrent tous nos ressorts intellectuels¹⁹¹⁹. La division genrée des êtres humains a institué les « artéfacts de l'homme viril et de la femme féminine »¹⁹²⁰, avec cet effet que l'état privilégié de l'homme trouve sa contrepartie dans une tension permanente, celle de devoir en toute circonstance affirmer sa virilité¹⁹²¹, son pouvoir phallique, si bien que l'on peut parler de « viriarcas »¹⁹²². Le système viriarcas qui se prétend être le reflet d'un ordre naturel, correspond donc à la représentation globale d'un monde pleinement construit, échafaudé à partir de croyances, de principes, d'élaborations conceptuelles savantes, d'axiomes définitifs, de normes, de mythes¹⁹²³, de symboles, de normes, de lois¹⁹²⁴. Un monde qui se perpétue à travers une foultitude de récits, de pratiques sociales, de traditions, de coutumes, de rites, de mentalités, d'habitudes, et même d'œuvres¹⁹²⁵.

Les hommes ont rêvé bien des émancipations, mais, hormis quelques exceptions, pas celle des femmes¹⁹²⁶, car en règle générale, ils se sont bien accommodés d'un système qui entretient des privilèges de genre endémiques. Les études de genre, notamment les études juridiques¹⁹²⁷, visent à comprendre la construction sociale de la distinction entre les sexes, ainsi que les

¹⁹¹⁹ L'anthropologue Françoise Héritier expose que la manière dont chaque culture construit la différence entre les sexes met en branle toute sa conception du monde, sa sociologie sa biologie, et sa cosmologie. Ainsi, interroger le rapport du masculin et du féminin atteint inévitablement nos ressorts intellectuels les plus profonds, élaborés au fil des millénaires, in Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Odile Jacob, 326 p.

¹⁹²⁰ Selon l'expression de Pierre Bourdieu.

¹⁹²¹ Le grand succès du viagra dès 1998, suivi par le cialis et le lévitra, et le spédra, a montré, à travers quantité d'écrits de psychothérapeutes et de médecins, que la grande anxiété cristallisée par les manifestations physiologiques de la virilité est un phénomène généralisé.

¹⁹²² Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 55.

¹⁹²³ Françoise Héritier explique que l'incapacité des hommes à se reproduire justifierait, selon un mythe africain, qu'ils construisent un système de pensée dévalorisant le rôle des femmes, in Françoise HÉRITIER, « Les origines de la domination masculine », in *Masculin-Féminin. Pluriel*. Auxerre, Éditions Sciences Humaines, Essais, p. 76.

¹⁹²⁴ Le Code civil de 1804 décrétait que « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » (art. 213), que le mari est le « chef de famille », qu'il est seul titulaire de la « puissance paternelle » ; sur la question des « pouvoirs du mari » v. Danièle LOCHAK, « Dualité de sexes et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, Université de Montréal, 2008, p. 10. Les droits du mari/père sont ainsi sanctuarisés, Au cours des débats sur le code civil, Napoléon Bonaparte avait affirmé que le mari détient « un pouvoir absolu » sur sa femme.

¹⁹²⁵ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 59.

¹⁹²⁶ Yvan JABLONKA, *Des hommes justes*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2019, 448 p.

¹⁹²⁷ Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, op. cit., 799 p.

rapports de pouvoir confinant les femmes à une fonction politique, sociale, culturelle, et économique secondaire, ont été institutionnalisés¹⁹²⁸, et la réflexion féministe a démontré comment le droit est demeuré un instrument de domination patriarcale¹⁹²⁹, qui a maintenu les femmes dans une situation d'infériorité. Une réflexion qui a rendu discutables des objets et des préoccupations ignorés par la tradition politique¹⁹³⁰, mais sans être toujours en mesure de prendre en compte tous les effets de domination induits par la complicité instaurée entre les structures idéologiques incorporées et les structures des grandes institutions qui ont perpétué la domination masculine à travers tout l'ordre social.

Même si le point d'aveugle de la justice de genre demeure, le doute est là, depuis longtemps. Le modèle traditionnel du mâle, celui qui domine les femmes mais aussi les hommes dont la masculinité est jugée illégitime, a du plomb dans l'aile¹⁹³¹.

B. L'érosion du paradigme

« Penser à la fois le sexe sans la loi, et le pouvoir sans le roi »¹⁹³².

Michel Foucault

Longtemps, la sexuaction des normes a été le reflet de rôles sociaux spécifiques assignés aux hommes et aux femmes. Le modèle instauré comme une nécessité inéluctable en 1804 a permis d'accorder des droits très inégaux aux femmes et aux hommes¹⁹³³. Le droit en tant qu'institution

¹⁹²⁸ Un plafond de verre traduit toujours la hiérarchisation genrée des fonctions, ce qui conforte dans l'idée que privilégier la complexité aux raisonnements binaires serait opportun.

¹⁹²⁹ V. par ex. Louise LANGEVIN, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Éditions des archives contemporaines et AUF, 2008, 216 p. Mais également de nombreux auteurs outre-Atlantique, comme Susan MILLNS, Jo BRIDGEMAN, *Feminist Perspectives on Law : Law's Engagement with the Female Body*, Sweet and Maxwell, 1997 ; ou Joan CONAGHAN (dir.) *Feminist Legal Studies*, Routledge, 2009, 3 vol. ; et encore Martha FINEMAN (dir.), *Transcending the Boundaries of the Law : Generations of Feminism and Legal Thought*, Routledge, 2011 ; etc.

¹⁹³⁰ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Points, Points essais, 2014, p. 152.

¹⁹³¹ Yvan JABLONKA, *Des hommes justes*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2019, p. 7.

¹⁹³² Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir, op. cit.*, p. 120.

¹⁹³³ André-Jean Arnaud, historien et sociologue du droit, dans son ouvrage *Essai d'analyse structurale du Code civil*, publié en 1973, montre comment les dispositions originales du Code civil organisaient déjà l'ensemble des relations sociales sur des modes divers, de l'adhésion à des groupes, à l'intégration à des statuts, pour situer la position et les rôles des acteurs de la vie sociale du 19^{ème} siècle. Les juristes pour classer, prennent en compte les catégories au sens social du mot, c'est-à-dire se référant à des ensembles d'individus relevant de similitudes sociales. Sur le terrain du droit, ils construisent des

patriarcale, organisait l'infériorité juridique des femmes et des enfants¹⁹³⁴, éternels subordonnés, tout en véhiculant une injonction omniprésente à l'hétérosexualité¹⁹³⁵, ces deux phénomènes constituant des piliers de pouvoir et de contrôle. En amont du système de domination masculine, bien avant que la loi n'évolue, la figure paternelle a commencé à s'éroder dans les esprits¹⁹³⁶ dès lors que les hommes eurent ébranlé le patriarcat en mettant fin à la monarchie de droit divin¹⁹³⁷, le régicide fut donc aussi un parricide¹⁹³⁸, et Honoré de Balzac écrivit qu'en coupant la tête de Louis XVI, la République avait coupé la tête de tous les pères de famille¹⁹³⁹. La lente usure de l'empire des hommes avait commencé. Si lente qu'il fallût attendre le 20^{ème} siècle, alors que l'assise masculine de tout l'ordre sexuel semblait encore être un invariant

catégories juridiques avec ce qu'elles représentent de réel et de fictionnel, de sociologique et de logique, censées satisfaire à l'intercession nécessaire entre le particulier et le général, cf. François TERRÉ, « Rapport introductif. L'opération de catégorisation », in *Différenciation et Indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Pascale Bloch, Cyrille Duvert, Natacha Sauphanor-Brouillaud (dir.), Economica, Études juridiques, 2006, pp. 8-10.

¹⁹³⁴ La déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 confond l'être humain dans son universalité, avec l'être humain adulte de sexe masculin. Deux jours après le vote, l'Assemblée réaffirme « la déclaration des droits de l'homme-citoyen », et la « déclaration des droits de l'homme-pouvoir » en faveur des mâles, in Auguste Amic, Étienne Mouttet, *La Tribune française. Choix des discours et des rapports les plus remarquables (...)*, vol. 1, La Tribune Française 1840, p. 72. Concernant cette interprétation, v. Joan Wallach SCOTT, *La citoyenneté paradoxale. Les féministes et les droits de l'homme*, Albin Michel, Bibliothèque Albin Michel Histoire, 1998, 304 p.

¹⁹³⁵ Nos pratiques juridiques ont longtemps mis en scène seul le couple hétérosexuel, modèle protégé par le droit qui réprimait pénalement tout ce qui pouvait menacer ce modèle. On peut penser que ce que l'on redoute dans la remise en question de la binarité sexuelle, c'est le fantasme de la disparition du désir hétérosexuel qui interroge toute une forme d'organisation sociale, celle de la domination masculine. Les personnes non-binaires n'intègrent pas l'identité des catégories et des normes comportementales - aujourd'hui remises en perspective - ; des catégories et des normes qui ont été essentielles à la formation de l'État et au maintien de son autorité.

¹⁹³⁶ Anne Verjus écrit qu'« au XIX^e siècle, l'étude des théories politiques, de Bonald à Le Play en passant par Proudhon, laisse surtout voir la multitude des mises en garde devant l'érosion de la puissance paternelle », in Anne VERJUS, « La paternité au fil de l'histoire », *Informations sociales*, vol. 176, n° 2, 2013, pp. 14-22.

¹⁹³⁷ Olivia Gazalé indique que « Chacun devait une obéissance aveugle à ces deux figures tutélaires qu'étaient le monarque et le pater familias, en vertu de leur droit naturel, d'essence divine, à exercer le pouvoir (...) », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 408-409.

¹⁹³⁸ Selon André Rauch, « La révolution française exprime le refus d'une paternité (...). Le parricide royal s'accomplit avec la proclamation d'un peuple fraternel », in André RAUCH, *Le premier sexe : Mutations et crise de l'identité masculine*, Fayard, Divers Histoire, 2013, p. 19. Il cite une *Lettre populaire* : « Vivez en frères, ribotez un peu pour vous égayer les dimanches », in *Lettres bougrement patriotiques du Père Duchesne*, 126^{ème} lettre, an II de la Liberté, 1791, t. I, p. 4.

¹⁹³⁹ Honoré de Balzac, *Mémoires de deux jeunes mariés*, Gallimard, Folio classique, 1981, 344 p.

immuable¹⁹⁴⁰, enraciné dans la structure œdipienne comme noyau structural de la famille nucléaire organisée autour de la puissance phallique du *pater familias*, pour que la figure paternelle perde de son ascendant, *et igitur* le règne de l'homme.

Au fil du temps, des questions avaient en effet émergé : les femmes étaient-elles privées du droit de vote, et titulaires d'une capacité juridique restreinte au nom de leur sexe biologique, du fait qu'elles ont un utérus, un vagin, des menstruations et des seins ?¹⁹⁴¹ Ou bien était-ce au nom de leur sexe social, du fait que l'on attendait d'elles qu'elles restent soumises, privées de savoir, confinées à la sphère du domestique et de l'intime ? Pourquoi les normes de genre induisaient-elles toujours un rapport de pouvoir valorisant pour ce qui relève du masculin et stigmatisant ou infériorisant pour ce qui relève du féminin ?¹⁹⁴² Des théories propres à dénoncer l'asservissement du corps et de l'esprit des femmes, leur étouffement dans la vie privée, leur effacement de la vie publique¹⁹⁴³ ont été mises en discours, et très progressivement, les prérogatives et privilèges des hommes ont été juridiquement amoindris : suppression de la puissance maritale et « suppression de l'incapacité juridique de la femme mariée (1938)¹⁹⁴⁴,

¹⁹⁴⁰ Eu égard à cette apparente immuabilité, les analyses de Pierre Bourdieu ont mis en lumière un système d'assujettissement qui s'inscrit plus dans la conscience des dominées que dans l'exercice d'un pouvoir extérieur, in Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, op. cit.

¹⁹⁴¹ Laure Murat raconte que : « Dans le monde magique de la vie privée - privée de quoi ? lui demandait un jour sa psychanalyste - la femme exercerait sa subtile influence. Son règne de l'ombre compense la nullité dont elle est frappée dans la sphère publique. Indéfiniment considérée comme mineure, en particulier par la loi matrimoniale (jusqu'en 1965), elle conquiert péniblement le droit de vote en 1944, après, dans l'ordre - l'énumération est fastidieuse, mais révélatrice - , la Nouvelle-Zélande (1893), l'Australie (1901), la Finlande (1906), la Norvège (1913), le Danemark et l'Islande (1915), la Russie (1917), l'Arménie, la Hongrie, le Canada, le Royaume-Uni, la Tchécoslovaquie, la Pologne, la Roumanie, la Géorgie, l'Azerbaïdjan, l'Autriche, l'Allemagne (1918), les Pays-Bas, le Luxembourg, la Belgique, la Suède (1919), l'Albanie, les États-Unis (1920), la Mongolie (1924), l'Inde, le Liban (1926), l'Uruguay (1927), l'Équateur (1929), l'Afrique du Sud, la Turquie, la Grèce (1930), le Portugal, le Sri Lanka, l'Espagne (1931), la Thaïlande, les Maldives, le Brésil (1932), Cuba (1934), la Birmanie, les Philippines (1935), la Bolivie, l'Ouzbékistan (1938), le Salvador (1939), Panama (1941), la République dominicaine (1942) et la Bulgarie (1944) », in Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, Stock, Puissance des femmes, 2018, pp. 30-31.

¹⁹⁴² Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Le Pommier, le collège de la cité, 2010, 191 p.

¹⁹⁴³ Dans le Code civil, les femmes étaient nommées pour être claustrées dans leur condition d'infériorité. Mais en matière de droits civiques, leur mise à l'écart a été organisée souvent de manière implicite, à l'abri d'une norme qui avait l'apparence de l'universalité.

¹⁹⁴⁴ L'homme ne put plus décider discrétionnairement du sort de sa femme, ni la battre, ou la chasser du domicile conjugal.

substitution de l'autorité parentale à la puissance paternelle (1970)¹⁹⁴⁵, suppression du droit pour le mari de choisir le lieu de la résidence familiale (1975), disparition de la notion de chef de la communauté et égalité des époux dans l'administration des biens communs (1985) ... »¹⁹⁴⁶. Si bien que seule a subsisté la mention des droits et obligations des « époux », ou des « partenaires », sur une base symétrique et égalitaire¹⁹⁴⁷, l'égalité des droits se traduisant par une formulation universaliste de règles, désormais en principe insensibles au genre. La fin de l'autorité maritale et paternelle survint donc consécutivement à l'effacement des références juridiques spécifiques au mari ou à la femme¹⁹⁴⁸. Étape décisive de la désinstitutionnalisation du pouvoir paternel¹⁹⁴⁹, en amont de l'érosion du dogme patriarcal.

On sait que le mode standard de la famille traditionnelle - la « petite monarchie » selon John Hobbes¹⁹⁵⁰ - comme lieu d'exercice de la domination masculine, a longtemps incarné une certaine symbolique sociale et juridique des sexes : l'homme, figure de proue conquérante, chef de lignée, transmettait le « patronyme »¹⁹⁵¹, gouvernait la famille, et, jusqu'à la première guerre

¹⁹⁴⁵ On sait que déjà au 17^{ème} siècle John Locke écrivait que le père et la mère « ont l'un et l'autre un droit et un pouvoir égal : en sorte que je ne sais s'il ne vaudrait pas mieux appeler ce pouvoir, le *pouvoir des parents*, ou le pouvoir *des pères et des mères* », in John LOCKE, *Traité du gouvernement civil* (1690), trad. de l'anglais par David Mazel, Garnier-Flammarion, 1992, traité II, chap. II, §13. Ce vœu d'égalité de l'autorité parentale est réalisé par le droit français grâce à la loi du 4 juin 1970 qui définit l'autorité parentale conjointe comme l'ensemble des droits et des devoirs qui « appartient aux père et mère pour protéger l'enfant sans sa sécurité, sa santé et sa moralité ». Loi renforcée ultérieurement par le principe juridique d'« intérêt supérieur de l'enfant » affirmé par la CIDE (Convention internationale des droits de l'enfant) en 1989.

¹⁹⁴⁶ V. Danièle LOCHAK, « Dualité de sexes et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, université de Montréal, 2008, p. 10.

¹⁹⁴⁷ V. Code civil, Livre 1er « Des personnes », Titre V « Du mariage », Chapitre VI : « Des devoirs et des droits respectifs des époux », art. 212 à 226. V. aussi le Titre XIII : « Du pacte civil de solidarité et du concubinage », « Chapitre Ier : Du pacte civil de solidarité », art. 515-1 à 515-8.

¹⁹⁴⁸ Danièle LOCHAK, « Dualité de sexes et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁹⁴⁹ Selon l'historien André Rauch, « On passe d'une société des pères à une société des pairs devant la loi », in André RAUCH, *Histoire du premier sexe. De la révolution à nos jours*, Hachette Littératures, Pluriel Sociologie, 2006, 646 p.

¹⁹⁵⁰ De fait, Thomas Hobbes faisait l'analogie entre la famille et une « petite monarchie » ; in Thomas HOBBS, *Léviathan*, Folio, Folio Essais, partie II, chap. XX.

¹⁹⁵¹ La Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, remplace le terme de « patronyme » par le « nom de famille » qui peut aussi bien être celui du père que celui de la mère. Depuis, l'art. 311-21 al. 1 du Code civil, modifié par Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil

mondiale, assurait le plus généralement seul la subsistance familiale, tandis que la femme, reléguée à l'ombre du foyer, vouée prioritairement à la procréation, tenait plus le rang d'accessoire de la réussite virile de son mari, qu'elle n'existait comme personne à part entière. Cette symbolique trouvait un écho important en psychanalyse du fait de la théorisation de l'omniprésence du phallus - sans équivalent féminin - comme organe central, emblématique du pouvoir, visible et érectile, dont la femme, munie elle d'un sexe prétendument « invisible »¹⁹⁵², « sans signifiant », serait fondamentalement envieuse, sa quête éperdue du phallus expliquant son « caractère » : Sigmund Freud écrit que « derrière l'envie de pénis se révèle l'amertume hostile de la femme envers l'homme, amertume dont les productions littéraires des « émancipées » présentent les signes les plus évidents »¹⁹⁵³.

Mais le système familial qui avait conduit à nouer étroitement les fonctions de procréation, de filiation, d'éducation et de transmission, à des identifications parentales fixes, constitutives du surmoi qui elles-mêmes orientaient l'existence de chacun en fonction de repères invariants, entre la dure loi du père¹⁹⁵⁴ et le désir bienveillant de la mère, s'est progressivement fissuré. Le principe entériné par le droit et par la psychanalyse était que l'engendrement relevait surtout du *biologique* par la mère, et du *symbolique* par le père, car « dans aucune société le père n'est naturel », car il est « toujours désigné par la société »¹⁹⁵⁵, seul le droit, la symbolique et l'élaboration psychique seraient à même de faire une place au père. La mère façonne un *corps*, le père lui donne un *nom*, il rompt la fusion avec la mère en faisant entrer l'enfant dans le

mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ».

¹⁹⁵² Selon une certaine psychanalyse, il n'y aurait pas de sexe féminin, ce sexe étant « sans signifiant ». Le féminin serait à l'intérieur, caché, secret, plus ou moins inconnaissable, informe, « absent », donc « effrayant ». V. Le film de Sophie ROBERT, *Le phallus et le Néant*, Océan invisible production, 2018.

¹⁹⁵³ Sigmund FREUD, *Tabou de la virginité*, 1918, in le film de Sophie ROBERT, *Le phallus et le Néant*, *ibid.*

¹⁹⁵⁴ Ainsi le fait d'être détenteur d'un pénis ferait entrer l'homme dans le prestigieux « ordre des pères » garants de la Loi. V. le film de Sophie ROBERT, *Le phallus et le Néant*, *ibid.*

¹⁹⁵⁵ Anne VERJUS, dans son article « La paternité au fil de l'histoire », *Informations sociales*, vol. 176, n°2, 2013, pp. 14-22, cite Françoise HURSTEL et Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Mon fils, ma bataille », in Jean Delumeau et Daniel Roche, *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, p. 421.

langage et la loi humaine, et il l'intègre dans une généalogie¹⁹⁵⁶. Or ces repères ont été bouleversés et transformés, à la fois par les multiples mutations de la famille, l'investissement de la sphère du travail par les femmes¹⁹⁵⁷ jusqu'à certaines professions de prestige - même si le ratio reste extrêmement modeste -, et aussi par l'apparition de nouvelles techniques de procréation, de contraception et d'avortement. Et le fait qu'aujourd'hui la mère peut transmettre son nom à son enfant, aussi bien que le père¹⁹⁵⁸.

En même temps, Jacques Lacan a démontré que l'ordre symbolique n'est pas une norme, que chacun s'y rapporte selon un mode singulier, et éventuellement ne s'y conforme pas, détachant la fonction paternelle de la personne du père¹⁹⁵⁹, cette fonction n'étant pas obligatoirement

¹⁹⁵⁶ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 411.

¹⁹⁵⁷ À cet égard, une analyse féministe du droit a su mettre en évidence qu'il est intéressant d'analyser la norme à la lumière des pratiques sociales et des réalités vécues par des femmes au travail. Marie-Claire BELLEAU, dans son article « Les théories féministes : droits et différence sexuelle », *RTD civ* 2001, p.1, explique que : « Le féminisme porte un regard critique sur les institutions sociales, et donc juridiques, en mettant l'accent sur la réalité des femmes ». On constate en effet que la division sexuée du travail qui reste une réalité très forte, entraîne le fait que les femmes restent bien plus nombreuses que les hommes à réduire leur activité professionnelle pour prendre soin de leur foyer, c'est le *care*, ce qui fragilise grandement leur autonomie économique (v. Diane ROMAN, « Travail domestique non rémunéré et droits des femmes : l'apport des droits humains », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 décembre 2013). Il n'est pas simple d'identifier les règles qui accompagnent cette division sexuée du travail dans l'optique d'une égalité réelle (art. R. 121-1 C. com., art. 6 et art. 1691bis C. imp.), et celles qui protègent l'autonomie des époux, construites pour protéger les épouses et qui profitent *de facto* à celui des époux qui connaît la meilleure situation économique. Ces dispositions neutres et bien intentionnées peuvent avoir des effets inattendus (art. 215, 216, 221, 223, 225 et 1387 C. civ. Également art. 1421 et 1404 C. civ.) : ces règles de droit visent à mettre en place des mécanismes qui compensent en cours d'union (art. 214 et civ. 1^{ère} 1^{er} avril 2015, n° 14-14.349) ou en fin d'union (art. 270 et 271 C. civ. ; Civ. 1^{ère} 8 oct. 2014, n° 13-23.044 ; Civ. 1^{ère} 18 mai 2011, n° 10-17.445 ; v. aussi Anne REVILLARD, « Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes », *Jurisprudences. Revue Critique*, 2011, p. 217 ; Jean HAUSER, « La disparité et les salaires : Lyon/Paris, 0 à 1 ! », *RTDCiv* 2011.521), les sacrifices professionnels éventuellement consentis lors de la vie en couple. Or, la question se pose de savoir si ces normes qui œuvrent à une compensation substantielle ne contribuent pas à normaliser cette division sexuée, voire même à la légitimer. En sens inverse, les concubines ne bénéficient d'aucune compensation, alors que précisément ce statut n'est pas forcément choisi. Le débat pourrait donc être recentré sur l'idée d'un droit commun du couple orienté vers la protection du plus faible, avec peut-être un modèle conjugal unique (v. Yves-Henri LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Larcier, 2015, n°6 et n°7 ; v. aussi Civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010, n° 08-16.105 et Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-18.891).

¹⁹⁵⁸ La loi n° 2003-516 relative à la dévolution du nom de famille, promulguée le 18 juin 2003, dispose qu'un enfant né après le 1^{er} janvier 2005 peut porter soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit les deux noms dans l'ordre choisi par les parents, c'est l'art. 311-21 C. civ.

¹⁹⁵⁹ Ainsi, la carence paternelle n'est pas liée à l'absence ou au trop de présence du père qui est selon l'acception psychanalytique plutôt une « fonction » incarnée qui agit sur le réel, et en particulier sur le réel du sexe.

incarnée par le père biologique. Aujourd'hui alors que les durées des couples et des familles sont devenues relativement éphémères, et que le phénomène des rencontres sur internet s'est largement répandu, entraînant une plus grande variété, une plus large mobilité et une nouvelle fragilité des alliances sexuelles, les fonctions « de père et de mère » se dissocient de la parenté biologique, elles sont exercées par différentes figures, pas nécessairement figées définitivement sur la même personne, d'autant plus du fait que l'homoparentalité conduit à ce que les fonctions paternelle et maternelle ne soient pas forcément exercées respectivement par un homme et par une femme. Ainsi les conditions pour « faire famille » se sont progressivement émancipées de l'invariant de l'Œdipe¹⁹⁶⁰ : entre genre et rôle, conjugalité et parentalité, alliance et filiation, entre la fragmentation des instances paternelles (père génétique, père adoptif, beau-père, coparent¹⁹⁶¹) et maternelles (mère biologique, mère adoptive, belle-mère, coparente)¹⁹⁶², et derrière la grande mobilité des identités, la multiplicité et la complexité des nouvelles architectures familiales décomposées, recomposées, monoparentales, homoparentales, adoptives, ou plus complexes encore, basées sur de nouveaux « modes de jouir »¹⁹⁶³, et entérinées par le droit, la « boussole de la métaphore paternelle »¹⁹⁶⁴ s'est profondément transformée¹⁹⁶⁵, faisant vaciller nos identités intimes.

Si selon Lao Tseu, il faut « aider ce qui vient tout seul » notamment à travers des « transformations silencieuses »¹⁹⁶⁶, certaines de ces transformations sont plus frappantes, et il est difficile de saisir et de comprendre tout ce qui se passe exactement en France en matière d'identité et de sexe, dans le sillage des réformes législatives. Beaucoup de transformations

¹⁹⁶⁰ Jean-Pierre DEFFIEUX, « La famille est-elle nécessairement œdipienne ? », *Lacan Quotidien*, n° 280, 2013, consulté sur <https://www.causefreudienne.net> le 6 septembre 2019.

¹⁹⁶¹ Le terme de « coparent » récemment apparu désigne les parents qui ne forment pas ou plus un couple, et qui assument leurs responsabilités et leurs droits envers leur enfant.

¹⁹⁶² Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 412.

¹⁹⁶³ Gisèle Chaboudez écrit que nombre de problématiques sexuelles s'éclairent au 20^{ème} siècle, « où la logique phallique n'est plus la seule référence, avec l'émergence de nouveaux discours sexuels qui se réclament d'une multiplicité de modes de jouissance », in Gisèle CHABOUDEZ, *Que peut-on savoir sur le sexe ?*, Hermann, Psychanalyse, 2017, quatrième de couverture.

¹⁹⁶⁴ Jean-Pierre DEFFIEUX, « La famille est-elle nécessairement œdipienne ? », *Lacan Quotidien*, n° 280, 2013, consulté sur <https://www.causefreudienne.net> le 6 septembre 2019.

¹⁹⁶⁵ Dès 1936, Jacques Lacan, dans *Les complexes familiaux*, énonce qu'il n'y a pas d'instinct familial naturel, ni de fonction paternelle naturelle, ni de lien instinctuel entre la mère et l'enfant : la famille est une invention symbolique.

¹⁹⁶⁶ François JULLIEN, *Les transformations silencieuses. Chantiers, I*, Le Livre de Poche, Biblio Essais, 2010, 160 p.

juridiques prennent forme, elles sont visibles en termes de textes, mais sans que l'on perçoive toujours véritablement d'évolution du jeu de rôle social homme/femme. Ce jeu progresse à bas bruit, un peu comme un enfant qui grandit imperceptiblement tous les jours.

L'assise masculine est profondément installée comme système ancestral, et la transformation de ce système en un système différent, celui que le droit prétend édifier et garantir via une idéologie égalitaire, appelle une longue et lente transition, celle de l'« histoire à pente faible »¹⁹⁶⁷ de Michel Foucault, celle d'une longue construction culturelle passée et à venir.

II. Une construction culturelle¹⁹⁶⁸

« Soyez sages ... et sinon, faites gaffe ! »¹⁹⁶⁹
Helen Jessie.

Le phénomène de construction culturelle évoque l'acquisition de savoirs collectifs au sein d'une civilisation¹⁹⁷⁰, de spécificités intellectuelles et de formes de comportements acquis dans les sociétés humaines¹⁹⁷¹. Quand on recherche le fondement de l'ordre sexuel dans son assise masculine construite culturellement à travers les âges, on s'aperçoit que ce phénomène est difficilement analysable¹⁹⁷². L'ordre sexuel dériverait d'une certaine idée de la puissance, de la souveraineté, d'un sujet pensé d'abord à travers la figure de l'homme sans tenir compte de la diversité des sexes.

¹⁹⁶⁷ Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Tel, 2008, p. 10.

¹⁹⁶⁸ La « culture » peut être définie comme « un ensemble de savoirs, savoir-faire, règles, stratégies, habitudes, coutumes, normes, interdits, croyances, rites, valeurs, mythes, idées, acquis, qui se perpétue de génération en génération, se reproduit en chaque individu et entretient, par génération et régénération, la complexité individuelle et la complexité sociale. La culture constitue ainsi un capital cognitif, technique et mythologique non inné », in Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, p. 280.

¹⁹⁶⁹ Helen JESSIE à ses filles (chaque fois qu'elles passaient la porte ; années cinquante-soixante) ; citée par Gail PHETERSON, *Le prisme de la prostitution*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, p. 9.

¹⁹⁷⁰ V. « Culture », in André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 199.

¹⁹⁷¹ Marcel MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, Quadrige, 2012, 252 p.

¹⁹⁷² Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 243.

Une question apparaît, celle de savoir pourquoi cet ordre sexuel demeure relativement stable, alors que nos sociétés ont pris conscience de cette « masculinité hégémonique »¹⁹⁷³, et alors que surtout, l'égalité a été juridiquement posée entre les sexes. L'analyse du système permet d'adopter un angle de vue qui établit un lien entre ce qui est vécu culturellement et les phénomènes d'hégémonie, de pouvoir, de savoir, d'assignation identitaire. L'ordre sexuel se comprend alors comme le produit d'un jeu dont les règles, loin de n'être que juridiques, sont culturelles. Un jeu qui résulte non seulement des interactions stratégiques des acteurs (A), mais aussi des représentations et des idéologies qui les « poussent dans le dos »¹⁹⁷⁴ (B).

A. Un jeu d'interactions stratégiques

« Homme, es-tu capable d'être juste ? C'est une femme qui t'en fait la question »¹⁹⁷⁵.

Olympe de Gouge

L'ordre sexuel s'originerait dans une domination masculine très ancienne que les hommes auraient « naturellement » établie, mais aussi sciemment construite et transmise de générations en générations à leur avantage exclusif. À travers une histoire, une pensée, des institutions, des rites, la machinerie du viriarcat a imposé la préséance des hommes. Les religions, les sciences, les pouvoirs publics ont participé à son édification par l'imbrication, l'interpénétration de composantes multiples en interaction permanente¹⁹⁷⁶. Dans les années 1970, la pensée féministe a cherché à identifier la cause de cette hégémonie, elle a tenté de déterminer un « avant », pour pouvoir la caractériser comme historique et contingente, vouée à disparaître tôt ou tard, tandis qu'à la même époque, Jacques Lacan fascinait la jeunesse par des affirmations incantatoires, telles que « La femme n'existe pas »¹⁹⁷⁷. Aujourd'hui, on observe que les hommes, aussi bien

¹⁹⁷³ Cette expression de masculinité hégémonique est due à la sociologue australienne Raewyn Connell qui désigne ainsi les pratiques genrées qui perpétuent la domination masculine, in Raewyn CONNELL, *Masculinités : Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Amsterdam, 2014, 288 p.

¹⁹⁷⁴ Paul RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique. Tome 2*, Seuil, Point Essais, 1998, p. 309.

¹⁹⁷⁵ Olympe de Gouge, dans sa « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne », 1791.

¹⁹⁷⁶ Par exemple, selon Olivia Gazalé, la confiscation de la parenté, l'appropriation des femmes, la diabolisation du sexe féminin, la justification de la violence par la culpabilité féminine, la légitimation de l'exclusion par l'infériorité féminine, et le partage de l'espace et la division sexuelle du travail, in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 62.

¹⁹⁷⁷ Le sexe féminin ferait obstacle à la conscience et à la raison. Jacques Lacan affirme qu'« Il n'y a pas à proprement parler de sexe de la femme comme tel ». D'ailleurs, propriétaire du tableau « l'origine

que les femmes, sont « pris » dans un « système viril » ancré, fait d'interactions et de représentations, généralement perçu sous l'angle simplificateur d'un ascendant exercé par l'ensemble homogène et oppresseur des hommes, sur l'ensemble des femmes¹⁹⁷⁸.

Les connaissances contemporaines ont permis de comprendre que le fondement de l'ordre sexuel est le résultat d'une construction culturelle, avec des règles non seulement imposées par la loi, mais aussi par des agencements culturels institutionnalisés qui s'ordonnent en « paradigmes », générateurs de formes de conduites acquises et de contraintes, avec ceci de pervers que ces agencements réifient fortement les identités selon les sexes, du fait d'une fixité, d'un caractère psychique à la fois déterminé et cohérent très contestable. La culture, avec tous les stéréotypes qu'elle véhicule, a un impact certain et important sur nos identités. Elle change notre angle de vue puisque le fondement de l'ordre sexuel ne repose pas comme on a pu le penser, sur l'ontologie du sujet dominant, mais sur un *jeu*. Un jeu très normé inscrit au sein même du Code civil, générateur d'identité sexuelle¹⁹⁷⁹. Un jeu qui dépasse ses acteurs - seuls, individuellement, ou en relation avec les autres, collectivement - en les transformant en hommes, en femmes, ou en êtres encore différents, avec des comportements et des stratégies spécifiques, en interactions multiples.

du monde » de Gustave Courbet, il le garde masqué par une autre toile du même peintre, représentant un paysage. C'est « cachez ce sexe que je ne saurais voir » qui marque le déni du sexe féminin. Lacan développe le concept de « pas toute », la sexualité féminine serait « pas toute » phallique, c'est donc un énoncé par défaut, qui lui refuse d'être énoncée en propre, *in* Jacques LACAN, Séminaire III, « Les psychoses », 1955. Le féminin n'aurait pas d'essence, pas d'inscription, pas de signifiant dans l'inconscient, il n'y aurait que le phallus à la base du langage symbolique : le monde des psychanalystes est régi par le primat du phallus, un garçon devient un homme à la suite d'un processus négatif : il renonce à la mère et accepte la loi du père, au terme du processus de « castration ». Lacan profère qu'« il y a une jouissance à elle, à cet elle qui n'existe pas et ne signifie rien », *in* Jacques LACAN, *Séminaire XX, Encore*, 1972.

¹⁹⁷⁸ On peut relever que la virilité comme modèle hégémonique, n'a pas d'équivalent féminin, l'idée de supériorité féminine tenant de l'oxymore le plus impensable. V. précisément à ce sujet Jean-Marc PÉTILLON, Christophe DARMANGEAT, *Histoire et préhistoire de la domination masculine, op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁷⁹ L'article 61-5 du Code civil indique expressément que ce qui importe pour attribuer juridiquement un autre sexe à une personne qui veut en changer, c'est qu'elle « démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ». Connaissance subordonnée au fait « qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué », et/ou « qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ». Tout le jeu de l'identité sexuelle réside donc dans la présentation, dans l'image que l'on donne de soi.

Duncan Kennedy, professeur de droit à Harvard, connu comme l'un des fondateurs du mouvement des *Critical Legal Studies*¹⁹⁸⁰, étudie ce jeu en termes d'intérêts matériels et psychiques, dans son ouvrage *Sexy dressing*¹⁹⁸¹, rédigé dans un style pluridisciplinaire. Il met en lumière le fait qu'une potentialité permanente de violence sexiste inhérente à la domination masculine, conditionne la conduite des femmes de multiples micro-façons¹⁹⁸². La manière dont elles s'habillent en public par exemple ¹⁹⁸³ constitue l'illustration d'un phénomène « purement personnel » qui prend en compte le risque d'agression sexuelle, avec un impact « caractériologique » tel, que les femmes vont jusqu'à adopter des stratégies inconscientes qui relèvent non seulement de ce que l'on peut appeler une « érotisation de la domination »¹⁹⁸⁴, mais aussi d'une forme de participation politique au patriarcat. Et ces stratégies font penser au syndrome de Stockholm, quand la subordination devient source de plaisir, en résonance avec des conduites masculines qui s'accommodent de possibilités et d'astreintes inhérentes à leur position de supériorité¹⁹⁸⁵.

Il est certain que les modalités des rapports entre les sexes ne sont pas réduites au conflictuel, mais il s'y joue cependant toujours *quelque chose* qui peut être analysé en termes de domination et de violence¹⁹⁸⁶. Un *quelque chose* masqué par la grande complexité des relations homme/femme¹⁹⁸⁷, et plus généralement des relations entre tous les êtres humains, et dont le droit chercherait l'invisibilisation à travers un vœu d'universalité qui dénie la réalité de ces

¹⁹⁸⁰ Cf. l'Introduction générale.

¹⁹⁸¹ Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Champs, Essais, 2008, p. 17.

¹⁹⁸² Une part certaine de cette violence sexuelle revêt un aspect « disciplinaire » du fait qu'elle conduit à ce que des normes sociales patriarcales soient respectées, depuis la régulation de détails (comme le fait de se vêtir de manière sexy), jusqu'aux normes induites par une « discipline des caractères psychologiques » qui prescrivent ce à quoi les gens doivent ressembler en fonction de leur sexe.

¹⁹⁸³ Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁸⁴ Ainsi que la nomment certaines auteures féministes, comme Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin, Robin West.

¹⁹⁸⁵ Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹⁸⁷ Dont les stéréotypes en interactions peuvent devenir des instruments d'évaluation comportementale.

conflits¹⁹⁸⁸. Un *quelque chose* d'essentiel, irréductible à des intérêts calculables¹⁹⁸⁹, qui ne relève pas tant des droits universels mais se joue dans l'intime, et se manifeste à travers des attitudes sexuées et des faits de langage. Ainsi tendre vers une objectivation des relations entre les sexes, confronte inéluctablement à une phénoménologie de l'érotisation mue par des mécanismes de désir complexes, entre pouvoir et séduction. La réfutation de l'idée d'une identité sexuelle idéale, conduit à penser une combinaison complexe de protections et d'autorisations sociales, articulées à une réglementation juridique qui canalise le pouvoir, « et spécialement le pouvoir masculin, sans nier la dimension de désir, de jeu d'humour qui fait une bonne part de l'intérêt des relations sociales »¹⁹⁹⁰. Il reste que nombre de violences identifiées comme telles ne sont pas illégales, elles correspondent à un « résidu toléré » aux relents de rance, si répandu que l'on peut penser qu'il joue un rôle quasiment structurel des rapports de sexes : le *damnum absque injuria*, le « dommage sans atteinte », reste monnaie courante.

Pierre Bourdieu dans son analyse du jeu de la domination masculine¹⁹⁹¹ a mis en lumière un système d'assujettissement qui réside autant dans la conscience des personnes dominées¹⁹⁹² que dans l'exercice d'un pouvoir extérieur, presque comme si un « contrat » tacite avait été passé pour préserver la hiérarchie des sexes en la faveur des hommes, une hiérarchie constitutive du social, longtemps combinée au consentement des femmes à la fois « protégées » et contraintes¹⁹⁹³. Ainsi le contrat social sur lequel se fonde la société serait aussi et surtout un

¹⁹⁸⁸ À propos desquels Duncan Kennedy écrit que « Les membres de chaque groupe ont des intérêts convergents, mais aussi des intérêts contradictoires, de sorte que, au sein de chaque groupe, il y a autant de diversité qu'entre ces groupes. Surtout (...) la base de l'action politique pour protéger les femmes des violences sexuelles, par exemple, n'est pas tant la réalisation d'un accord sur des principes généraux et leur application, que la réunion de groupes qui ont des intérêts partiellement divergents et qui le savent, mais qui parviennent à agglomérer ces intérêts. Pour instable que soit ce processus d'agglomération, il n'est pas exclu qu'il accouche parfois de principes qu'on peut qualifier « d'universels pour le moment », in Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, op. cit., p. 23.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹⁹⁹¹ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, op. cit.

¹⁹⁹² Jessica Benjamin indique que l'on peut préférer « esquiver l'analyse de la soumission, de crainte qu'admettre la participation des femmes à la relation de domination ne revienne à transférer des hommes aux femmes la charge de la responsabilité », in Jessica BENJAMIN, *The bonds of love, Psychoanalysis, Feminism and the problem of Domination*, New York, Pantheon Books, 1988, p. 9.

¹⁹⁹³ André RAUCH, *Le premier sexe : Mutations et crise de l'identité masculine*, Fayard, Divers Histoire, 2013, p. 10.

contrat sexuel¹⁹⁹⁴, visant d'abord à organiser une répartition hiérarchique des pouvoirs entre hommes et femmes en société, mais également à assurer l'accès des premiers au corps des secondes. Dans le même sens, Françoise Héritier estime que la construction hiérarchique qui place le féminin en aval du masculin procéderait du désir des hommes de prendre le contrôle de la reproduction qui leur est impossible sans passer par le corps des femmes : « Parce que les hommes n'enfantent pas directement avec leur propre corps, alors que les femmes enfantent des filles et des garçons, ils ont fait en sorte que les corps féminins soient à leur disposition »¹⁹⁹⁵. Selon un modèle archaïque que l'on retrouverait de façon plus ou moins insidieuse dans les comportements individuels et collectifs du monde contemporain, l'inquiétude masculine tiendrait donc à la présence chez l'homme d'une angoisse de mort, dont la femme donneuse de vie serait épargnée¹⁹⁹⁶. Un modèle qui enferme la femme dans le biologique, la maternité étant au fondement de son être - *tota mulier in utero*¹⁹⁹⁷ - et sa seule vocation sociale, sans interchangeabilité avec celle des hommes. La problématique féminine serait donc devenue celle *d'être-mère ou de ne pas être*, avec pour corollaires la stigmatisation des femmes qui vont à l'encontre de cette essentialisation¹⁹⁹⁸, et leur soumission au masculin.

¹⁹⁹⁴ Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Geneviève FRAISSE (préf.), Éric FASSIN (postface), Éditions La découverte, Institut Émilie du Châtelet (IEC), 2010, 333 p.

¹⁹⁹⁵ Françoise HÉRITIER, in Michel ROTFUS, « Entretien avec Françoise Héritier », février 2016, Le blog de Médiapart, publié le 15 novembre 2017. Une conception que Sabine Prokhoris réfute, quand elle écrit que « Là où Françoise Héritier voit de purs *faits* – et d'abord la différence des sexes comme réalité fondatrice d'une perception binaire de la réalité – nous verrions pour notre part des *effets* de processus compliqués, refoulés par l'emprise de ces effets mêmes. Ainsi peuvent-ils effectivement jouer comme des données de base de la construction de la réalité. Mais au titre de "cadres de l'expérience", pour reprendre le titre d'un ouvrage d'Erving Goffman, et donc de dispositifs eux-mêmes construits – non sans motifs. C'est bien pourquoi ces données de base sont passibles d'une généalogie, au sens de Nietzsche et de Foucault : c'est-à-dire d'une description qui s'attache à capter les enjeux à l'œuvre dans nos façons de croire à ce que nous voyons » et elle ajoute : « Comme quoi Françoise Héritier a cent fois raison de noter "à quel point il est difficile même à de grands esprits de s'extraire totalement des préjugés et stéréotypes qui fonctionnent de leur temps..." et que "l'esprit critique des intellectuels et la construction savante ont toujours leur point aveugle », in Sabine PROKHORIS, « Points aveugles », *Travail, genre et sociétés*, vol. 10, n° 2, 2003, p. 193.

¹⁹⁹⁶ Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Le Pommier, le collège de la cité, 2010, p. 174.

¹⁹⁹⁷ « La femme est toute entière dans son utérus », ainsi que le déclarait le médecin Hippocrate, ce que des générations de scientifiques répèteront comme une vérité absolue.

¹⁹⁹⁸ Une essentialisation de la femme-mère qui a accredité « l'idée d'une "complémentarité" entre les sexes : tout ce qui a trait au sale - les excréments des enfants, le ménage, la vaisselle, la lessive, les ordures ... - est le royaume "naturel" de la femme », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 159.

Si bien qu'aujourd'hui, alors que la loi juridique se veut de plus en plus égalitaire, la « valence différentielle des sexes »¹⁹⁹⁹ conduit à ce que l'organisation sociale place toujours le masculin en son centre, au regard de l'intérêt d'une prévalence sociale des hommes, et les droits accordés aux femmes ressemblent toujours à des progrès, à des concessions, les femmes restant des marqueurs de puissance des hommes²⁰⁰⁰, rivées dans cette position par l'édification d'obstacles plus ou moins identifiables qui continuent de leur faire implicitement barrage.

La question des jeux de genre, comme producteurs d'« effets de vérité »²⁰⁰¹ culturels, générés par des pratiques sociales indéfiniment répétées à tel point qu'elles en deviennent des normes plus ou moins obligatoires (on a forcément un genre), en parallèle au sexe supposé de chacun, et contraints par les sanctions que la société inflige à ceux qui ne se retrouvent pas dans ce jeu, a été un axe de la réflexion de Judith Butler. Cet auteur expose que le genre « joué » correspond à une *performance*, au sens de la « différence » derridienne²⁰⁰² d'abord entre l'acteur et le jeu auquel il se prête. Comme tout le monde semble avoir un genre, chacun subit une forte pression pour se concevoir comme un être genré²⁰⁰³, avec tout ce que cette posture organise comme interaction entre soi et soi, entre soi et les autres, entre soi et l'Autre²⁰⁰⁴.

Nous sommes donc profondément investis, consciemment et inconsciemment, de représentations culturelles dont nous avons une idée générale, et qui forment notre système idéologique.

¹⁹⁹⁹ Cf. Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin I : La pensée de la différence*, op ; cit., 326 p.

²⁰⁰⁰ Ne dit-on pas que les hommes « bons vivants » aiment les bons vins, les belles montres, les belles voitures ... et les femmes.

²⁰⁰¹ Si on combine la théorie du langage performatif de John Austin, et celle de l'effet de vérité de Michel Foucault, on voit que la vérité du droit ne correspond pas forcément à la vérité des phénomènes sociaux.

²⁰⁰² Jacques Derrida souligne qu'en français la terminaison en *ance* est une nuance graphique qui « s'écrit ou se lit, mais (...) ne s'entend pas », et surtout qui « reste indécise *entre* l'actif et le passif », in Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Minit, Critique, 1972, respectivement p. 4 et p. 9.

²⁰⁰³ Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, op. cit., p. 44.

²⁰⁰⁴ En psychanalyse, l'Autre désigne ce qui est extérieur à soi, ce qui n'est pas soi. Jacques Lacan y distingue le grand Autre qui est l'ordre symbolique dans lequel le sujet s'inscrit, et qui s'oppose au petit autre, qui est l'image de soi.

B. Des représentations idéologiques

« Le droit de notre pays passe dans nos artères, dans nos muscles, dans notre esprit. Nous sommes ce que nous ont faits les coutumes séculaires, ce que nous fait aussi le dressage de lois plus passagères. Le droit modèle l'homme ; il le déforme, à l'occasion. Ainsi se crée un homme juridique, bien différent de l'homme naturel »²⁰⁰⁵.

Jean Carbonnier

La construction culturelle de l'ordre sexuel prend notamment appui sur des représentations issues d'idéologies qui inéluctablement « nous poussent dans le dos »²⁰⁰⁶. Ces représentations en négatif²⁰⁰⁷, constitutives d'identités - comme celle de « l'homme raisonnable » - sont présentes en droit et plus largement dans la vie des gens, et relèvent fondamentalement d'un imaginaire culturel très ancien. Un imaginaire partagé, collectif, en partie inconscient. D'où sa propension à être considéré comme naturel et fondateur²⁰⁰⁸, le propre de l'efficacité idéologique étant de pouvoir s'exercer sans que l'on s'en aperçoive. Toute civilisation se construit en effet sur des représentations idéalisées, des constructions de l'esprit qui, même si elles peuvent être chimériques, inspirent confiance, et ces représentations opèrent une distorsion inconsciente de la réalité permettant les phénomènes de domination.

Déjà l'Illiade d'Homère établissait le mensonge d'une hiérarchie génétique partageant le monde. D'une part le *logos* lequel appartient à l'homme. L'homme est parfait²⁰⁰⁹, seul à avoir accès à la raison, à la pensée, à la rationalité, au verbe. D'autre part l'*éros* auquel la femme est vouée,

²⁰⁰⁵ Jean CARBONNIER, « Études de psychologie juridique », *Les Annales de l'Université de Poitiers*, 1949, pp. 29-46.

²⁰⁰⁶ Paul RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*, Seuil, Point Essais, 1998, p. 309.

²⁰⁰⁷ Selon Karl Marx, l'idéologie est une image renversée, telle un négatif de photo dont on croit qu'il donne une image de la réalité, mais qui en fait en opère une véritable inversion, cf. Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'idéologie allemande*, (1845), Éditions Sociales, Classiques du marxisme, 1974, v. notamment p. 50.

²⁰⁰⁸ Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁰⁹ Olivia Gazalé raconte que selon le peintre Pierre Paul Rubens, « La forme virile est la vraie perfection de la nature humaine. L'idée parfaite de sa beauté est l'ouvrage immédiat de la divinité, qui l'a créée unique selon ses propres principes », in Rubens, *Théorie de la figure humaine*, Rue d'Ulm, 2003, cité par Nadeije Laneyrie-Dagen, « Le témoignage de la peinture », *Histoire de la virilité*, t. 1, in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, p. 253.

passive, émotive, irrationnelle, soumise à ses propres flux, irréfléchie, imbécile même²⁰¹⁰. Dans la mythologie, l'image de la femme est celle d'une tentatrice funeste, une sirène à laquelle l'homme succombe malgré lui, et cette idée millénaire préside encore aujourd'hui à la culture du viol, quand on entend qu'une femme « l'a bien cherché » ou qu'elle « n'avait qu'à ne pas s'habiller sexy »²⁰¹¹. La victime doit alors renverser l'image de la « femme provocatrice » qui par son comportement aurait rendu l'agression sexuelle possible. Le recours à des figures comme celles du « bon père de famille », ou du « fait de la victime », ont eu pour effet pervers que la norme se révèle propice à l'incorporation de stéréotypes de genre, à l'aune desquels quantité d'attitudes sont interprétées²⁰¹² ; la légitime défense invoquée par une victime de violences domestiques, par exemple, illustre l'acuité et la complexité des enjeux.

La représentation de la femme comme être faible, inférieur, presque accessoire²⁰¹³ à l'homme, s'est perpétuée dans le temps. Vingt-cinq siècles après Aristote, Sigmund Freud décrète encore que « la femme est un être auquel il manque quelque chose, souffrant d'une envie de pénis », inféodée aux pulsions masculines. Pour poser en système cette hiérarchie qui n'existe pas dans la nature, le mythe de la virilité s'est armé de toutes les disciplines : philosophie, théologie, droit, etc., étroitement imbriquées, pour que l'humanité entière considère cette construction comme anhistorique, alors qu'elle est une construction culturelle, complètement historique²⁰¹⁴.

²⁰¹⁰ Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, Odile Jacob, 2012, p. 38.

²⁰¹¹ Une exposition américaine arrivée en France en 2017, *What were you wearing ?*, « Qu'est-ce que tu portais », montre que les femmes violées portaient généralement au moment de l'agression des vêtements quelconques, jean baskets, etc sans caractère provocant.

²⁰¹² Alors que les hommes ont toujours bénéficié d'une relative liberté sexuelle hors et en mariage, les femmes qui vivent librement leur sexualité sans engagement durable en couple, voire avec des partenaires nombreux, sont encore vues comme des « affranchies », pas vraiment « standard » comme le sont pourtant leurs homologues masculins pour lesquels la quantité d'expériences est plutôt valorisante.

²⁰¹³ D'après Elsa Dorlin, les ouvrages traitant de la différence des sexes fourmillent au 17^{ème} siècle (Elsa DORLIN, *L'évidence de l'égalité des sexes. Une philosophie oubliée du 17^{ème} siècle*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, 160 p.), parallèlement au développement d'une littérature misogyne souvent avilissante : « La femme, abîme de bêtise », au « ventre putride », et au « lait mortifère », in Jacques OLIVER, 1617, *Alphabet de l'imperfection et de la malice des femmes* (1^{ère} éd. 1617), Rouen, 2014.

²⁰¹⁴ Françoise Héritier raconte que Gabrielle Suchon montre que « La sujétion dans laquelle les femmes sont tenues prend sa source dans la suppression consciemment organisée de trois "avantages" sociaux considérables qui sont, en contrepartie, réservés aux hommes : la liberté, "chose extrêmement délicate", la science "élevée et sublime", et l'autorité, "éclatante", la privation des deux premiers avantages étant la condition résolument nécessaire pour empêcher les femmes de prétendre au troisième, c'est-à-dire au pouvoir. C'est là une analyse stupéfiante de justesse. Ces privations sont présentées comme "effets de

Le discours fondateur qui a posé le principe de la supériorité masculine et de l'hétérosexualité, n'a pas seulement postulé l'infériorité ontologique des femmes²⁰¹⁵ et de tout ce qui leur était corrélé - comme l'effémination - mais également la suprématie du *vir* sur les autres hommes, l'oppression de l'homme par l'homme avec ses injonctions contraignantes et discriminatoires.

Le processus idéologique a fait d'un organe mou et tendre, le pénis, une image inverse : le phallus, c'est-à-dire un *sexe-symbole-de-puissance*²⁰¹⁶, dont l'érection est la manifestation normale²⁰¹⁷. La panne érectile n'est donc pas un simple incident somatique mais une déroute alarmante et humiliante, voire un cataclysme symbolique, et une telle blessure narcissique, que l'on peut évoquer un « complexe d'impuissance »²⁰¹⁸, que l'article 312 du Code civil aggrave encore en disposant que « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». La capacité de remplir un « devoir d'érection » est un étendard de la virilité qui « va de soi » : « je bande donc je suis »²⁰¹⁹. Homme et Père. Les romains nommaient le phallus dressé *fascinus*, dont dérive le mot « fascination », qui évoque la pétrification devant une angoisse insurmontable²⁰²⁰ - sans doute d'autant plus insurmontable que le *fascinus* n'obéit à aucune

justice“ puisque leur justification réside toute entière dans l'imputation d'incapacité tant physique qu'intellectuelle aux femmes, dans leur “ imbécillité “ supposée », in

Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, Odile Jacob, 2012, 441 p. 39.

²⁰¹⁵ Sandor Ferenczi déclare qu'« à l'origine les deux sexes développèrent un organe sexuel mâle, et peut-être les choses en vinrent-elles à un gigantesque combat dont l'issue devait décider du sexe auquel incomberait les souffrances, les devoirs de la maternité et la soumission passive à la génitalité. Ce fut alors le sexe féminin qui dans ce combat fut vaincu. Les femmes conservent dans leur inconscient le souvenir de cet échec cuisant dont les combats de nos émancipées en sont aujourd'hui la manifestation », in Sandor FERENCZI, *Masculin et féminin*, 1929 (in Sandor FERENCZI, *Thalassa : psychanalyse des origines de la vie sexuelle, précédé de « Masculin et féminin »*, Payot, Petite Bibliothèque Payot, 2002, 200 p.).

²⁰¹⁶ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 323.

²⁰¹⁷ Sur tous les continents, on trouve des pierres phalliques sacrées, représentant le membre viril en érection, faisant de la divinisation de l'érection un phénomène universel.

²⁰¹⁸ Yves CITTON, *Impuissances. Défaillances masculines et pouvoir politique de Montaigne à Stendhal*, Aubier, 1993, 418 p.

²⁰¹⁹ Cette formule est celle de Georges Falconnet et de Nadine Lefaucheur dans *La fabrication des mâles*, Seuil, Points-Actuels, 1977, 186 p.

²⁰²⁰ Olivia Gazalé raconte que les romains « encombrés de rituels conjuratoires (...), friands d'amulettes, de colliers, de pendeloques de forme priapique, gravaient des pénis sur les murs des maisons et cuisinaient des gâteaux phalliques pendant les fêtes pour implorer les dieux de leur donner la vigueur et conjurer le fiasco de l'impuissance » ; elle raconte aussi que « Les cultes phalliques prirent une ampleur remarquable en Grèce antique, où ils vinrent parfois s'établir au cœur même des rites chtoniens, traditionnellement féminins. Plutarque raconte que, durant les trois jours de liesse orgiaque des grandes dionysies, où l'on célébrait, dans une frénésie enthousiaste, le dieu terrestre de la sève, de la vigne, des énergies végétatives, de l'humidité et de tous les excès, l'un des temps fort de la liturgie était la *phallophorie*, cette procession solennelle d'hommes coiffés d'une couronne de laurier et de violettes,

volonté. La loi a longtemps fait de la *copula carnalis*, l'union des chairs, une condition essentielle du mariage qui *devait* s'accomplir, le mariage *devant* être consommé. La capacité à remplir le devoir conjugal est même devenue une « qualité essentielle » de l'époux, l'impuissance étant un motif d'annulation du mariage en référence à la notion d'erreur sur la personne²⁰²¹, et un motif de divorce pour faute quand elle est « volontaire et persistante et marque le mépris » constituant une violation grave et renouvelée des devoirs du mariage, qui rend intolérable le maintien de la vie commune²⁰²². Jean-Michel Bruguière explique qu'en l'an 2000, le « devoir conjugal » n'est pas un concept éculé : « Une recherche attentive sur cette question menée depuis 1980 fournit en effet pas moins de cent vingt-quatre décisions »²⁰²³, partagées entre fautes pour abstinence volontaire et « inconduite »²⁰²⁴. Car pour être *viril*, pour être pleinement investi du pouvoir de *faire l'homme*, il ne suffit pas de se *dresser*, il faut aussi

défilant au rythme de chants ityphalliques à la gloire de l'érection, un phallus raide, brandi au bout d'un bâton. À chaque croisement de routes, se dressaient des colonnes carrées en pierre lisse, figurant le Dieu Hermès en prodigieuse érection. Ces monuments étaient destinés à protéger les voyageurs, invités à palper le membre viril en l'oignant d'huile ou de vin », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, pp. 327-328.

²⁰²¹ Tribunal civil de Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958. Dans la première affaire, la juridiction énonçait « qu'en l'espèce, il est naturel et logique d'admettre que les futurs époux à la fleur de l'âge ont conclu leur union en considération du foyer qu'ils désiraient fonder et que pour demoiselle X, cette considération a été, selon toute vraisemblance, déterminante du consentement qui se serait ainsi trouvé vicié en cas d'impuissance totale et irrémédiable de son conjoint ». Dans la seconde affaire, une femme avait assigné son époux pour annuler leur mariage ; elle se fondait sur l'impuissance sexuelle irrémédiable dont il était frappé. Le tribunal déclara « que cette impuissance constituait un obstacle définitif à la consommation normale du mariage, que l'on devait admettre que demoiselle Y, si elle avait eu connaissance d'une telle affection qui, portant atteinte à l'intégrité physique même de la personne qu'elle se proposait d'épouser, la mettait dans l'impossibilité de fonder un foyer et une famille, n'eut pas donné son consentement au mariage, ainsi voué et condamné à la stérilité, que son consentement s'est trouvé ainsi vicié et qu'il s'agit d'une erreur commise sur la personne entendu *lato sensu*, que c'est le cas dès lors de faire droit à la demande et de prononcer la nullité du mariage contracté par les parties ».

²⁰²² Jean-Michel Bruguière cite un arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens en date du 28 février 1996, lequel énonce qu'« Il est de jurisprudence constante que le devoir de cohabitation implique l'obligation de consommer le mariage, chacun des époux étant tenu envers l'autre à accomplir le devoir conjugal », in Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 10-18. V. aussi Jacques BARILLON, Paul BENSUSSAN, *Le nouveau code de la sexualité*, Odile Jacob, 2007, 368 p. Dans leur ouvrage, cet avocat et ce psychiatre évoquent une décision de la cour d'appel de Paris du 26 mars 1982, qui annulait un mariage pour cause d'impuissance du mari, assortie du fait que son épouse l'ignorait avant de se marier.

²⁰²³ Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *op. cit.*, p. 3.

²⁰²⁴ L'absence de relation sexuelle a été jugée comme quasi délit sur le fondement de la responsabilité du fait personnel énoncée à l'article 1240 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », in Jean-Yves NAU, « Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme », *Revue médicale suisse*, n°323, 2012, pp. 78-79.

entrer dans un autre corps. Selon Pierre Darmon²⁰²⁵, cité par Olivia Gazalé, les procès en impuissance révéleraient « la terrible angoisse de castration dont souffrent les juges, qui s'érigent en « pourfendeurs zélés de l'impuissant » pour donner des gages de leur propre conformité aux normes sexuelles homologuées »²⁰²⁶. Emmanuel Jeuland se demande d'ailleurs si leur motivation ne cacherait pas parfois des motifs inavouables, même si leurs émotions doivent en principe « n'être utilisées que dans l'appréciation des faits »²⁰²⁷. L'impératif idéologique de la bandaison comme préoccupation majeure des hommes explique l'infinie variété des traitements imaginés pour remédier aux dysfonctionnements érectiles, jusqu'au succès planétaire des remèdes chimiques qui, paradoxalement, inscrivent ces dysfonctionnements dans le registre de la pathologie physique et psychique.

Si la pénétration²⁰²⁸ fait l'identité de l'homme au sens du *vir*, si elle est synonyme de puissance, de performance, le fait d'être pénétré (qui correspond à la position « naturelle » de la femme) est perçu comme une atteinte à la virilité²⁰²⁹, une faiblesse à l'origine de déchainements homophobes²⁰³⁰, comme autant d'expressions douloureuses et persistantes de l'oppression de

²⁰²⁵ Pierre DARMON, *Le tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'ancienne France*, Seuil, L'Univers historique, 1979, 310 p.

²⁰²⁶ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 331.

²⁰²⁷ Emmanuel JEULAND, *La justice des émotions*, IRJS, Les humanités du droit, 2020, pp. 9-10.

²⁰²⁸ À laquelle il faut ajouter une vraie dévotion au sperme, dont l'abondance, mais également l'injonction d'être en capacité de durer et de le contenir, mais aussi d'éjaculer tel des « fouteurs herculéens » (v. Antoine de BAECQUE, *Le corps de l'histoire. Métaphores et politique, 1770-1800*, Calmann-Lévy, 1994, 435 p.), sont tous autant d'attributs essentiels à la virilité.

²⁰²⁹ Olivia Gazalé explique que « dans la Grèce et la Rome antiques, la puissance phallique s'affirmait de manière privilégiée par la pédérastie : du moment que le *vir* occupait la position « active », aucun soupçon de féminité ne venait le salir. Un homme est pénétrant, mais jamais pénétré. Pour parler le langage cru qu'affectionnaient les Romains, un *vir* encule mais n'est jamais enculé », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 352.

²⁰³⁰ Très progressivement endigués par le droit : le 11 juillet 1981, le ministère de l'Intérieur de François Mitterrand émettait une circulaire à l'attention de la hiérarchie policière pour interdire « le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti-homosexuelles ». Dès le lendemain, le ministère de la Santé contestait la convention de l'OMS incluant l'homosexualité comme maladie mentale. Le 4 août 1981, Robert Badinter, ministre de la Justice, soutenait devant le Parlement un texte d'amnistie pour les outrages publics à la pudeur aggravés pour homosexualité, et les actes contre nature commis avec mineur de 18 ans (Loi n° 81-736 du 4 août 1981). Le 22 juin 1982, la loi Quilliot mettait fin à l'obligation pour les homosexuels de disposer de leurs logements en « bons pères de famille », et le 4 août de la même année, l'âge du consentement des rapports sexuels était égalisé à 15 ans, entre homosexuels et hétérosexuels (Loi n° 82-683 du 4 août 1982). Le 13 juillet 1983, fut abrogé l'article 40 du Code de la fonction publique (article qui avait permis le licenciement de nombreux fonctionnaires), qui énonçait qu'un fonctionnaire « doit être de bonne moralité ». À partir de 1985, toute discrimination fondée sur les « mœurs » et à l'époque, c'est toujours l'homosexualité qui était ainsi désignée, devenait susceptible de sanctions pénales. Depuis, des lois²⁰³⁰ se sont succédées, toujours dans

l'homme par l'homme. Plus une société déconsidère les femmes, plus elle traque et tourmente les personnes homosexuelles, pourtant données irréductibles du vivant²⁰³¹. On sait que la psychanalyse s'est en partie constituée pour répondre aux défis que lui posaient « l'homme homosexuel » et la « femme hystérique ». Ainsi, le mythe de la virilité auquel tout homme est sommé de se conformer, a-t-il socialement, juridiquement et psychiquement nourri non seulement la misogynie, mais aussi la xénophobie, l'homophobie²⁰³², l'esclavagisme, et toutes les formes d'aliénation de l'homme par l'homme, qui dérivent dans leur ensemble de *l'idée d'homme*²⁰³³ comme quintessence du masculin. De même que l'homme a clivé la femme dans une situation d'infériorité pour mieux la dominer, il a construit une représentation idéalisée et

le sens d'une banalisation et d'une protection des personnes homosexuelles et lesbiennes : le nouvel article L. 122-45 du Code du travail, actuel article L. 1132-1 énonce qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) en raison de mœurs ». La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations au travail met en évidence la notion d'orientation sexuelle à côté de celle de mœurs. Le Code civil, Code pénal et le Code du travail continuent de s'enrichir progressivement d'articles qui permettent de tendre vers une abolition des discriminations au motif de l'orientation sexuelle.

²⁰³¹ L'anthropologue Helen Fisher relève qu'« en fait, l'homosexualité animale est si courante - et elle saute aux yeux dans une telle variété d'espèces, et de circonstances - qu'en comparaison, l'homosexualité humaine étonne plus par sa rareté que par sa fréquence », in Helen FISHER, *Histoire naturelle de l'amour*, Hachette Littératures, Pluriel, 2008, 453 p.

²⁰³² On relève que dans un contexte homophobe, la logique binaire du genre peut renvoyer à la question de la complémentarité des sexes, autrement dit à l'hétérosexualité. Or, dans l'antiquité, la culture grecque concevait la complémentarité de manière très ouverte : « Ainsi, dit Aristophane, c'est depuis un temps aussi lointain qu'est implanté dans l'homme l'amour qu'il a pour son semblable : l'amour rassembleur de notre primitive nature, l'amour qui, de deux êtres, tente d'en faire un seul, autrement dit de guérir l'humaine nature. Chacun de nous est complémentaire d'un autre. Si Zeus a coupé un homme, cela fait des hommes qui ne s'intéressent qu'aux hommes. S'il a coupé une femme, cela fait des femmes qui ne font pas très attention aux hommes. S'il a coupé un androgyne, la partie homme est amoureuse des femmes et cela fait des maris qui trompent leur femme, la partie femme est amoureuse des hommes et cela fait des femmes qui trompent leur mari »²⁰³², in PLATON, *Le banquet*, trad. Luc Brisson, Flammarion, GF, 2016, 285 p.

²⁰³³ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., p. 243 ; v. aussi Michel FOUCAULT, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences humaines, 1966, 4^{ème} de couverture, quand il s'interroge sur le destin de *l'idée d'homme* : « Il est né d'une mutation à travers notre culture ».

ostentatoire²⁰³⁴ du sexe masculin²⁰³⁵, qui loin de correspondre à tous les hommes, donne de ceux dont la virilité n'est pas optimale une représentation dégradée, car, en écho à la formule de Simone de Beauvoir, on peut dire qu'« on ne naît pas viril, on le devient »²⁰³⁶. Pierre Bourdieu qualifie d'ailleurs le « privilège » masculin de « piège » qui « impose à chaque homme le devoir d'affirmer en toute circonstance sa virilité (...). La virilité entendue comme capacité reproductive, sexuelle et sociale, mais aussi comme aptitude au combat et à l'exercice de la violence, est avant tout une charge. Tout concourt à faire de l'idéal de l'impossible virilité le principe d'une immense vulnérabilité »²⁰³⁷. Une vulnérabilité incommensurable qui aboutit à une détresse d'identité ²⁰³⁸.

Or le désenchantement idéologique de la virilité est une constante enracinée dans une histoire millénaire, un syndrome endémique qui renouvelle ses manifestations à la faveur des époques, selon les changements sociaux, technologiques, politiques, et juridiques, un peu à la manière d'une « stratégie rhétorique »²⁰³⁹. L'historienne américaine Judith A. Allen pose cette question :

²⁰³⁴ Olivia Gazalé explique que « *Foutre* et le faire bruyamment savoir, voilà qui signale l'homme pleinement viril ». Elle ajoute qu'à une certaine obsession comptable quant au nombre de conquêtes, s'ajoute un vocabulaire métaphorique brutal qui évoque la rudesse virile : « Besogner, labourer, emmancher, enfiler, embrocher, crever la cloison, péter le cylindre, baiser à couillons rabattus, foutre tout en sang, entrer jusqu'à la garde ... Autant d'expressions qui certifient que l'on a affaire, sans aucune équivoque possible, à un homme, un vrai : ni pédéraste, ni impuissant, ni surtout cocu, cet être cruellement moqué pour n'avoir su ni surveiller, ni satisfaire son épouse », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., pp. 380-381.

²⁰³⁵ On peut relever que depuis les totems primitifs, et dans la vie courante contemporaine, jusqu'au sexshops, on voit et on trouve des représentations phalliques glorieuses sous de multiples formes et dans tous les matériaux. Pourtant, des déesses, avec leur vulves, gravées, sculptées, peintes, sont représentées par milliers sur les cinq continents, et dont l'un des plus anciennes se trouve dans la grotte Chauvet (36500 avant JC), avant même l'émergence des premières représentations de sexes masculins.

²⁰³⁶ Arnaud BAURÉBOT, « On ne naît pas viril, on le devient », in Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE et Georges VIGARELLO, *Histoire de la virilité, t. III, La virilité en crise ?*, Points, Points Histoire, 2015, 592 p.

²⁰³⁷ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, op. cit., p. 57.

²⁰³⁸ André RAUCH, *Le premier sexe : Mutations et crise de l'identité masculine*, Fayard, Divers Histoire, 2013, p. 9.

²⁰³⁹ Selon l'expression du professeur de sciences politiques québécois Francis Dupuis-Déri, qui précise que « Déjà lors de la Renaissance en France, l'homme se dit menacé de castration, alors que la cour du Roi serait pervertie par des « précieuses ». En Angleterre, c'est la cour de Jacques 1^{er} qui serait infestée de « femmes-hommes » et d'« hommes-femmes ». D'autres crises de la masculinité frappent en France au XVII^{ème} siècle et en Angleterre au XVIII^{ème} siècle (...), aux États-Unis, en France, en Allemagne, et dans les colonies de l'Empire britannique à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème}, encore aux États Unis dans les années 1930, en Allemagne de l'ouest dans les années 1960, en URSS dès la fin des années 1960 et dans les années 1979, au Québec depuis les années 1990, puis un peu partout en Occident depuis les années 1990 y compris en Russie postsoviétique. Hors de l'Occident, la masculinité serait

« Les hommes ne sont-ils pas interminablement en crise ? »²⁰⁴⁰. Il est vrai qu'un tournant semble avoir été marqué depuis les guerres du 20^{ème} siècle qui ont entraîné des dizaines de millions de personnes dans des combats d'une violence inouïe²⁰⁴¹ et ont modifié l'*éthos* guerrier²⁰⁴² en profondeur. La barbarie des camps de la mort a constitué pour l'humanité entière un choc métaphysique²⁰⁴³, car après plus de vingt-cinq siècles de philosophie et d'élaboration de différents systèmes juridiques, l'homme est resté capable d'une inhumanité abyssale. La raison qui devait apporter la lumière, indifférente au raisonnable, a servi la déraison avec la logistique maniaque et minutieuse de l'holocauste. La brutalité du totalitarisme a marqué la fin des « grands récits d'émancipation »²⁰⁴⁴, et les conflits au Vietnam, en Irak et ailleurs, ont achevé le mythe de la puissance guerrière. Par ailleurs, l'engagement massif des femmes dans la guerre²⁰⁴⁵, a provoqué une « brèche fondamentale au cœur du modèle militaro viril »²⁰⁴⁶.

aussi en crise en Afrique, en Amérique latine, en Asie et au Moyen-Orient » ; in Francis DUPUIS-DÉRI, « Le discours des « coûts » et de la « crise » de la masculinité et le contre-mouvement masculiniste » ; in Delphine DULONG, Christian GUIONNET et Érik NEVEU (dir.), *Boys don't cry ! Les coûts de la domination masculine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, 330 p.

²⁰⁴⁰ Judith A. ALLEN, « Men interminably in Crisis ? Historians on masculinity, Sexual, Boundaries, and Manhood », *Radical History review*, n°82, 2002, citée par Francis DUPUIS-DÉRI, « Le discours des “coûts“ et de la “crise“ de la masculinité et le contre-mouvement masculiniste », in Delphine DULONG, Christian GUIONNET et Érik NEVEU (dir.), *Boys don't cry ! Les coûts de la domination masculine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, 330 p.

²⁰⁴¹ V. Pierre LEMAÎTRE, *Au revoir là-haut*, Le livre de poche, 2013, 624 p.

²⁰⁴² Ainsi que l'explique l'historien Stéphane Audoin-Rouzeau dans « La grande guerre et l'histoire de la virilité », in Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE et Georges VIGARELLO, *Histoire de la virilité, t. III, La virilité en crise ?*, Points, Points Histoire, 2015, 592 p. Le romancier Gabriel Chevallier décrit dans *La peur*, ce qu'est devenu le combattant : « voilà ce que je suis : un type qui a peur, une peur insurmontable, une peur à implorer, qui l'écrase (...), j'ai peur au point de ne plus tenir à la vie. D'ailleurs je me méprise (...). J'ai honte de cette bête malade, de cette bête vautrée que je suis devenu, mais tous les ressorts sont brisés. J'ai une peur abjecte. C'est à me cracher dessus », in Gabriel CHEVALLIER, *La peur*, Le livre de poche, 2010, 416 p.

²⁰⁴³ Cf. Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *La transmission en question(s)*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2020, 860 p. ; Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, 650 p.

²⁰⁴⁴ Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne, Rapports sur le savoir*, Éditions de Minuit, Critique, 1979, 109 p.

²⁰⁴⁵ Dans l'Armée rouge, après l'offensive allemande en 1941, elles sont près de 800 000, excellentes en bombardement aérien et au tir de précision.

²⁰⁴⁶ Stéphane Audoin-Rouzeau, « La grande guerre et l'histoire de la virilité », in Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE et Georges VIGARELLO, *Histoire de la virilité, t. III, La virilité en crise ?*, op. cit., , 592 p.

À la destitution de la figure du guerrier s'est ajoutée celle du travailleur, quand le machinisme a enfermé les hommes dans des tâches répétitives génératrices d'un sentiment d'aliénation²⁰⁴⁷ tel qu'ils ne se *reconnaissent plus* qu'en « bêtes de somme résignées »²⁰⁴⁸, ou encore, quand les métiers exigeant du muscle ont perdu de leur prestige, encadrés par des normes juridiques de sécurité protectrices mais « dévirilisantes », ou quand le travail intellectuel a détrôné la force dans l'imaginaire viril. Par ailleurs, depuis la féminisation du monde professionnel, non seulement les hommes ne sont plus les uniques pourvoyeurs de ressources au sein des couples et des familles, mais le spectre du chômage altère la reconnaissance symbolique liée à leur métier : le sociologue François de Singly explique que la guerre économique s'est substituée aux antiques guerres viriles et constitue le nouveau territoire de la *libido dominandi*²⁰⁴⁹. Quand Claude Lévi-Strauss évoque « le crépuscule des hommes », il entend la fin d'une certaine image de l'homme, agi par un discours qui le conditionne.

La représentation du mâle comme « le meilleur » de l'humain reste source de discriminations, légitimées par des publications scientifiques : Christine Détrez a montré que les deux tiers d'un ensemble de vingt et une encyclopédies pour enfants éditées entre 1990 et 2003²⁰⁵⁰ montraient des corps masculins pour illustrer le travail cérébral, la nervosité et la puissance du système musculaire, ainsi qu'une série de fonctions volontaires et complexes, tandis que les corps féminins apparaissaient peu, et rendaient compte de fonctionnements passifs et involontaires, tels que ceux du système hormonal et du circuit lymphatique²⁰⁵¹. La palme de l'obscurantisme revient à la figuration du clitoris : en 1962, dans la 9^{ème} édition de l'Anatomie humaine descriptive de Henri Rouvière, le clitoris disparaissait tout simplement de la coupe sagittale,

²⁰⁴⁷ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes, op. cit.*, p. 500.

²⁰⁴⁸ Selon l'expression de Simone Weil qui rend compte de son expérience dans son *Journal d'usine* ; entre décembre 1934 et août 1935, elle travaille comme ouvrière chez Alstom, aux établissements J.-J. Carnaud et Forges, et chez Renault à Boulogne Billancourt, v. Anne ROCHE, « L'année d'usine de Simone Weil (1934-1935) », *Les Temps Modernes*, vol. 684-685, no. 3, 2015, pp. 204-214.

²⁰⁴⁹ Il constate que « Le patron qui achète, licencie et produit de la richesse a pris la place du général d'infanterie », in François de SINGLY, « Les habits neufs de la domination masculine », *Esprit*, n°11, 1993, pp. 64-54.

²⁰⁵⁰ Christine DÉTREZ, « Il était une fois le corps ... La construction biologique du corps dans les encyclopédies pour enfants », *Sociétés contemporaines*, Presses de Science-Po (PNFSP), 2005/3, n° 59-60.

²⁰⁵¹ Ce terme ayant par ailleurs dans le langage courant le sens de « mou, lent, nonchalant », que l'on ne saurait rapprocher de l'idée de virilité sans lui faire insulte.

pour n'y réapparaître que dans les années 1990²⁰⁵². Le phénomène peut paraître anecdotique, mais il révèle encore une idéologie : au 19^{ème}, les plus grandes autorités pédagogiques, médicales, et l'Église découvrent que la fertilité et le processus de procréation sont sans lien avec l'orgasme, ce qui discrédite le plaisir féminin. Le clitoris perd sa fonction sexuelle, il est relégué au rang d'organe inutile, et sa stimulation est déconseillée parce qu'immorale, inutile, voire dangereuse²⁰⁵³. Sigmund Freud invente même l'orgasme vaginal²⁰⁵⁴, et alors qu'il place la sexualité au centre de la vie psychique, y compris chez l'enfant, il théorise la prohibition de la masturbation, et répand le déni du clitoris²⁰⁵⁵. On n'est pas loin de « l'excision psychique »²⁰⁵⁶. Quant à l'excision physique²⁰⁵⁷, punie par le Code pénal²⁰⁵⁸, interdite par le

²⁰⁵² Jean-Claude PICARD, *La fabuleuse histoire du clitoris*, H&O éditions, 2013, 189 p.

²⁰⁵³ Le docteur Pierre Garnier, dans le troisième volume de l'Hygiène de la génération (1881), s'indignait de la masturbation clitoridienne, de sorte « que faire de cet organe minuscule, véritable bouton insensible le plus souvent, tant qu'il n'a pas été touché, ébranlé artificiellement, le foyer érogène le plus actif, c'est accuser implicitement toutes les filles d'onanisme antérieur ou de libertinage plus tard ». Il distingue « les vicieuses qui n'ignorent rien des rudiments de l'amour, et les femmes honnêtes et vertueuses initiées par leur seul mari au seul plaisir légitime du coït », in Jean-Claude PICARD, *La fabuleuse histoire du clitoris*, H&O éditions, 2013, p. 99.

²⁰⁵⁴ Thomas LAQUEUR, *Le sexe en solitaire*, Gallimard, NRF Essais, 2005, 512 p.

²⁰⁵⁵ Le psychiatre et psychanalyste Angelo Hesnard écrit en 1933 : « La femme, dans la vie, attend d'être conquise, pénétrée. Elle doit, si elle est consentante à la dure loi des sexes, aimer sa défaite. D'où une certaine propension masochiste à subir, à être entraînée, à se charger de certaines besognes pénibles, à se sacrifier. (...) La masturbation clitoridienne précoce et prolongée détermine une frigidity partielle souvent plus difficile à traiter que les frigidités totales », in Angelo HESNARD, *Manuel de sexologie normale et pathologique*, 1933, réédité jusqu'en 1970, 379 p.

²⁰⁵⁶ Benoîte GROULT, *Ainsi soit-elle*, Le livre de poche, Littérature & Documents, 1977, 219 p.

²⁰⁵⁷ Considérée comme une violence mutilatrice au sens pénal : Crim. 20 août 1983, n° 83-92.616.

²⁰⁵⁸ Art. 222-1 C. pén. : « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article ». Art. 222-9 C. pén. : « Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ». Art. 222-10 C. pén. : « L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans ; 2° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ; 3° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ; 4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un membre ou un agent de la Cour pénale internationale, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du code de la construction et de l'habitation, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ; 4° bis Sur un enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que sur un

professionnel de santé, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ; 4° ter Sur le conjoint, les ascendants ou les descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile des personnes mentionnées aux 4° et 4° bis, en raison des fonctions exercées par ces dernières ; 5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation ou de sa plainte, soit à cause de sa déposition devant une juridiction nationale ou devant la Cour pénale internationale; 5° bis et 5° ter (abrogés) 5° quater Sur une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, si les faits sont commis dans l'exercice de cette activité ; 6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ; 6° bis Contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union ; 7° Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ; 8° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 9° Avec préméditation ou avec guet-apens ; 10° Avec usage ou menace d'une arme. La peine encourue est portée à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction définie à l'article 222-9 est commise : a) Sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur ; b) Alors qu'un mineur assiste aux faits et que ceux-ci sont commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ou, si la victime est mineure, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur victime. Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article ». Art. 223-6 C. pén. : Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le crime ou le délit contre l'intégrité corporelle de la personne mentionnée au premier alinéa est commis sur un mineur de quinze ans ou lorsque la personne en péril mentionnée au deuxième alinéa est un mineur de quinze ans. Art. 227-24-1 C. pén. : « Le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée ».

Code civil²⁰⁵⁹, elle reste - entre autres violences²⁰⁶⁰ - une violence de genre préoccupante qui a pleinement intégré le champ de la réflexion juridique²⁰⁶¹. L'impératif idéologique de la suprématie masculine a conduit jusqu'au 19^{ème} siècle, en France, à opérer ce type de mutilation : le fait d'avoir un clitoris trop long, et même « porté à une longueur extraordinaire », analogue à celle de l'homme²⁰⁶² n'était pas acceptable. Sous couvert d'un discours scientifique, la politique a été de réputer la pratique de la masturbation comme virilisante pour les femmes, auxquelles toute sexualité non reproductrice était déconseillée, ce qui a conduit à un grand nombre d'ablations de clitoris en traitement de la nymphomanie²⁰⁶³. Dans le monde, en ce début de XXI^{ème} siècle, les mutilations génitales touchent près de 200 millions de femmes, l'excision

²⁰⁵⁹ V. art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Art. 16-1 al. 1 et 2 C. civ. : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable ». Art. 16-3 C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

²⁰⁶⁰ Le droit français est en principe indifférencié quand il se rapporte à la protection de l'intégrité physique. Au sens large, les mutilations génitales liées aux représentations que l'on se fait de ce que doivent être un homme ou une femme, font l'objet de textes européens qui établissent un lien entre différents types d'atteintes, qu'il soit question d'excision ou de circoncision, mais l'ablation du prépuce est toujours admise par les juges qui tolèrent cet usage, nonobstant l'absence de consentement des bébés et des enfants de moins de onze ans : CA Lyon, 2^{ème} civ. 25 juillet 2007, *JCP* 2007. IV. 1028 ; *RTD civ.* 2008. 99, note Jean HAUSER : « Il s'agit d'une décision grave qui ne peut être prise que d'un commun accord entre les parents et avec le consentement de l'enfant, dès lors qu'il est âgé de onze ans ». Le secrétaire général de l'ONU, dans un rapport de 2006 intitulé « Étude approfondie sur toutes les formes de violence à l'égard des femmes » (Secrétaire général de l'ONU, *Étude approfondie sur toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, 2006, A/61/122/Add.1.), relie violence et domination : « 70) Historiquement, les rôles sexospécifiques – rôles respectifs que les sociétés assignent aux femmes et aux hommes – ont été hiérarchisés, les hommes exerçant le pouvoir ainsi qu'une emprise sur les femmes. La domination des hommes et la subordination des femmes ont des fondements *aussi bien idéologiques que matériels* (...) 73) La violence à l'égard des femmes constitue un mécanisme de perpétuation de l'autorité masculine. La violence punissant une femme d'avoir, par exemple, transgressé les normes sociales régissant les rôles familiaux et sexuels assignés aux femmes n'est pas seulement un acte individuel, mais de par sa fonction punitive et coercitive, renforce également les normes sexospécifiques dominantes ».

²⁰⁶¹ V. Hilary CHARLESWORTH, « Que sont les “ droits des femmes “ en droit international ? », in *Sexe, genre et droit international*, Pedone, Doctrines, 2013, pp. 116-122.

²⁰⁶² MAHON, cité par Michel ERLICH, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, L'Harmattan, 1986, p. 64. Sur l'excision pour hypertrophie clitoridienne, v. pp. 49-61. Cité par Marie-Xavière CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français, op. cit.*, p. 35.

²⁰⁶³ Elsa DORLIN, Grégoire CHAMAYOU, « L'objet = X Nymphomanes et masturbateurs XVIII^{ème}-XIX^{ème} siècles », *Nouvelles questions féministes*, 2005, vol. 24, n°1, p. 53-66.

est encore pratiquée pour le « bien » des jeunes filles, pour leur assurer un statut de femmes « honnêtes » prêtes au mariage et surtout à une vie de servitude.

On le voit, la réalité de l'identité sexuelle est le produit d'un système de représentations idéologiques intériorisées, via des lois et des normes juridiques et sociales qui nous donnent une illusion d'autodétermination. Si la crise actuelle de ces idéologies est une réalité, la résultante d'une lente mutation de l'idéal monolithique masculin, les normes demeurent prescriptives, et l'émancipation des schémas aliénants qui amputent la vérité psychique, ainsi que la libre appropriation de ce que l'on est - hors les injonctions idéologiques et les réquisits sociaux - restent difficiles. La construction leurrante des assignations sexuées qui contribue à entretenir - parfois tout à fait inconsciemment - la misogynie et l'homophobie, laisse à penser qu'un profond changement de regard des hommes sur eux-mêmes, des hommes sur les femmes, et *vice-versa*²⁰⁶⁴, constituerait non pas un déclin mais une chance pour l'humanité²⁰⁶⁵, au regard de la réalité polymorphe de toutes les formes d'identités sexuelles.

Conclusion du Chapitre II

Du point de vue de l'ordre sexuel, entre les tenants du slogan de mai 1968 « il est interdit d'interdire », et la nécessité de discipline et de limites sociales et juridiques, toute une gamme de points de vues sont possibles, et la psychanalyse retrouve ce dilemme au cœur du fonctionnement psychique de chaque individu, pétri d'identifications, parcouru de désirs, de pulsions, de refoulements, de conflits et d'interdits conscients et inconscients, contraint et contrôlé à la fois dans « jusqu'où il peut aller », mais aussi dans « jusqu'où il peut être », par un système de surveillance omniprésent et permanent quant à ses conduites et ses orientations sexuelles. Une surveillance dont on peut estimer qu'elle est en relative inadéquation avec l'avènement des droits fondamentaux à l'ère démocratique.

²⁰⁶⁴ Le philosophe américain John Stoltenberg écrit que « personne ne peut réellement comprendre comment les hommes traitent les femmes sans comprendre comment les hommes traitent les autres hommes – et personne ne peut réellement comprendre comment les hommes traitent les hommes sans comprendre comment ils traitent les femmes », in John STOLTENBERG, *Refuser d'être un homme : pour en finir avec la virilité*, Christine Delphy (préf.), Syllepse, 2013, 268 p.

²⁰⁶⁵ Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, *op. cit.*, p. 518.

L'ordre sexuel - au soubassement de l'État, de la famille, et de chaque personne humaine - fondé sur une domination masculine millénaire culturellement construite, a élaboré des « structures », des « matrices », mises en place par la socialisation, et qui déterminent les identités, tout en donnant l'illusion de l'autodétermination. Il produit toujours des schémas qui nous précèdent et nous conditionnent, des stéréotypes hiérarchisés et institutionnalisés au fil des générations : celui de l'homme fort et viril, plus ou moins « héroïque »²⁰⁶⁶, mais aussi celui de la « pédale » à la masculinité plus ou moins illégitime, et ceux de la ravissante idiote, de la putain dévoreuse, de l'intellectuelle émancipée et autres figures sexistes. Ces stéréotypes coriaces²⁰⁶⁷, résistants au changement sont d'autant plus à l'origine de gâchis sociaux, que « le

²⁰⁶⁶ Ce dernier qualificatif peut interpellier juridiquement : Olivia Gazalé explique que la capacité à enfreindre la loi a toujours été une marque de virilité tout à fait remarquable. Elle cite la sociologue Sylvie Aral qui considère que « l'injonction à la transgression » est l'un des piliers de la construction masculine (v. Sylvie AYRAL, « L'appareil punitif scolaire, vecteur de construction de l'identité masculine », in Daniel Welzer-Lang et Chantal Zaouche Gaudron (dir.), *Masculinités. État des lieux*, Érès, 2011, pp. 233-244). Dans son étude, ainsi que le décrit Olivia Gazalé, elle « observe qu'une écrasante majorité de garçons (80% en moyenne) d'élèves sanctionnés pour indiscipline sont des garçons. Non seulement ceux-ci sont quatre fois plus souvent punis que les filles, écrit-elle, mais ils le sont pour des « motifs sexués masculins » (insolence, incivilité, dégradations, actes de défi, violence physique, sexiste ou homophobe), tandis que les filles le sont pour des motifs « féminins » (téléphone, bavardages, retards, cigarette ...). L'effet pervers de la sanction est qu'elle est brandie comme un trophée, ou une « médaille de virilité pour le garçon incriminé », tout en affaiblissant le professeur qui y recourt, surtout lorsqu'il s'agit d'une femme. Les comportements illicites, et les punitions qui les « couronnent », doivent donc, d'après la chercheuse, être analysés comme des « rites différenciateurs de sexe », des « rites de passage », voire des « parades sexuées devant les filles spectatrices », comme le sont, dans le grand banditisme, les peines de prison. Aussi, la culture de la désobéissance, comme la culture criminelle, relèvent-elles moins du taux de testostérone que d'une construction sociale *viriliste* (paradoxalement renforcée par le système punitif scolaire et carcéral) qui valorise l'orgueil, l'audace, la force et la témérité, mais ne leur offre plus – comme autrefois la guerre, la rixe ou le duel - d'exutoire licite », in Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, op. cit., pp. 507-508.

²⁰⁶⁷ L'épisode de la « tenue républicaine » souhaitée par le ministre de l'éducation Jean-Michel Blanquer le 21 septembre 2020 est très révélateur de ces stéréotypes, quelques jours après le mouvement du 14 septembre initié par des jeunes filles qui revendiquaient la liberté de s'habiller comme elles le souhaitent au sein de leurs établissements scolaires. Le service de presse précisait qu'il s'agissait d'une « tenue adaptée au lieu où l'on se trouve, en l'occurrence un lieu public, qu'on partage avec tous, où s'appliquent le vivre ensemble et le respect d'autrui ». Les filles semblaient particulièrement visées, avec les « crop tops », les vêtements moulants en général, les robes, les jupes courtes, les shorts, alors que les tenues courtes ou près du corps pour les garçons ne semblaient généralement pas poser autant de problème. Les propos du ministre ont soulevé une vague de protestations, notamment de la part de la ministre à l'Égalité femmes-hommes Elisabeth Moreno, comme ses collègues Marlène Schiappa et Agnès Pannier-Runacher, qui se sont immédiatement et vivement désolidarisées de cette déclaration. Elisabeth Moreno a rappelé qu'en France, « chacun est libre de s'habiller comme il veut » et que « les femmes ont mis des siècles à pouvoir s'affranchir de codes vestimentaires. Cette liberté conquise de haute lutte n'a pas de prix (...). C'est aussi un enjeu d'éducation des jeunes garçons, du rapport qu'ils entretiennent aux jeunes filles et lié aux valeurs de respect », in Dinah COHEN, « Tenue «républicaine» à l'école : la ministre à

masculin » et « le féminin » connaissent des variations infinies et ne constituent pas des groupes uniformes et hermétiques : les assignations sexuées qui entretiennent des polarisations « absolues », sont plus des fictions culturelles construites de toutes pièces, que des marqueurs d'identités humaines réelles.

L'actuelle densité des réflexions et des préoccupations sociologiques, psychologiques qui gravitent autour de l'identité sexuelle juridique peut laisser à penser que nous sommes dans une période de transition, historiquement et anthropologiquement particulière. Nous en sommes arrivés à une étape où la nécessité de prendre en compte notre capacité à construire notre subjectivité, croise l'évolution des relations entre les personnes, mais où aussi - alors que le statut des femmes évolue au regard de celui des hommes, vers une égalité juridique et sociale - certains « vacillent, hésitent entre des changements qui acceptent les transformations des privilèges produits par la domination masculine, et la mise en place de résistances aux changements »²⁰⁶⁸.

Conclusion du Titre II

À l'aune du surgissement de la notion du désir dans la construction identitaire, l'identité sexuelle, composante importante de l'identité juridique des personnes humaines, est loin de correspondre à une évidence pour tout le monde, et le droit ne prend pas en compte la difficulté d'être de toute une population qui, même si elle est minoritaire, existe. Même si la procédure juridique de changement de sexe à l'état civil pour les personnes transsexuelles a été facilitée depuis la loi du 18 novembre 2016, notre identité sexuelle reste saisie par un montage juridique classificatoire binaire, instauré comme une nécessité inéluctable, dont on sait pertinemment qu'il continue d'ignorer la diversité des configurations de sexes, au point que des personnes intersexuelles soient encore malmenées sur les plans physique et psychique, puisqu'elles n'ont

l'Égalité femmes-hommes se désolidarise de Blanquer », *Le Figaro*, 22 septembre 2020, consulté en ligne le 22 septembre 2020.

²⁰⁶⁸ Daniel WELZER-LANG et Chantal ZAUCHE GAUDRON (dir.), *Masculinités. État des lieux*, Érès, 2011, p. 12. p. 11.

d'autre choix que de vivre enchâssées dans une identité sexuelle qui va à l'encontre de leur sentiment d'identité²⁰⁶⁹ réelle, pour se conformer au moule de la binarité juridique et sociale.

Alors que la « nature » des identités sexuelles a été profondément remise en question par la compréhension du phénomène culturellement construit du genre, la subjectivisation des identités à travers la question du sexe et de la sexualité demeure problématique tant juridiquement que psychanalytiquement, car le droit est « ordre », la mouvance, l'abondance et la fluidité des identités sexuelles font « désordre », et certaines demandes de reconnaissance sont interprétées comme la conséquence d'une conception absolutiste de soi, caractéristique de notre société hypermoderne. La maxime *de minimis non curat praetor* reste d'actualité. Il reste que la souffrance des personnes en quête d'identité sexuelle est bien là. Droit et psychanalyse ne peuvent faire comme si elle n'était qu'imagination, pure délire ou simple exception mineure.

Parallèlement, au fil de la lente abrasion du système de « domination masculine » et de la compréhension des représentations qui sous-tendent l'idéologie des identités de sexe et de genre, une tendance à la déssexualisation des énoncés juridiques s'annonce, et peut-être même un jour l'effacement de la mention du sexe à l'état civil²⁰⁷⁰, non sans un certain brouillage de nos repères du masculin et du féminin, ainsi que des filiations et de ce qu'elles véhiculent en termes de transmission. L'effacement de l'inscription du sexe dans la loi en matière de correction des inégalités hommes/femmes, et de toute référence spécifique aux hommes et aux femmes dans

²⁰⁶⁹ Cf. Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de François Terré, Paris 2, 1996, LGDJ, 2000, 520 p.

²⁰⁷⁰ Cf. Stéphanie ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l'état civil ? », *CNRS Le Journal*, 27 juin 2019, consultable en ligne <https://lejournalejournal.cnrs.fr/articles/faut-il-supprimer-la-mention-sexe-de-letat-civil>. Jean Hauser écrit : « Il y a donc encore de beaux jours pour la controverse jusqu'à ce que l'état civil soit purement et simplement supprimé ! », in Jean HAUSER, « Changement de sexe : la possession d'état du sexe opposé », *RTDCiv*, 2017 p. 93.

la législation²⁰⁷¹ pourrait conduire à une évolution des mentalités et des pratiques au point de peut-être faire perdre de leur intérêt à toutes formes de discriminations positive²⁰⁷².

Mais le sexe, s'il reste « le fondement de la séduction à la française et de l'ordre symbolique édicté par Lacan »²⁰⁷³, le « butoir ultime de la pensée »²⁰⁷⁴, un marqueur de la différence, est aussi « une obsession nationale, dont l'effet est non seulement de naturaliser mais de justifier l'inégalité »²⁰⁷⁵. Les polarités de genre restent socialement et juridiquement très encouragées, et si l'on peut estimer que la détermination de l'identité sexuelle de la personne humaine est actuellement encore une nécessité juridique²⁰⁷⁶ elle n'est pas moins aussi un leurre identitaire²⁰⁷⁷.

Tous les commandements normatifs auxquels nous sommes soumis ne nous permettent pas toujours d'être sexuellement qui nous aimerions être, en toute liberté et en toute intimité. De

²⁰⁷¹ Dans ce sens, Daniel Borrillo soutient que la neutralisation des énoncés implique que la question du genre entendue comme la question des rapports sociaux de sexe au sein des couples ne se pose plus : « Le droit institue le principe de non-discrimination des sexes aussi bien sur le plan privé que public : l'égalité conjugale et l'égalité parentale sont presque parfaites et la parité est un objectif constitutionnel. Le maintien de la catégorie "genre" n'a plus tellement de pertinence dès lors qu'elle renvoie à la condition des femmes », in Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Le genre une question de droit*, op. cit., p. 266.

²⁰⁷² Stéphanie Hennette-Vauchez relève que les études sur le genre « cherchent à interroger la vocation ou la prétention universaliste de la règle de droit. La norme universelle est-elle nécessairement indifférente au genre ? Admettre une réponse positive implique-t-il alors de considérer que l'universalisme juridique est remis en cause par l'intégration, au sein de la normativité juridique, de revendications sexo-spécifiques, telle qu'opérée, par exemple, par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes ? Faut-il admettre une telle rupture avec l'universalisme au nom de la nécessaire protection de populations vulnérables, ou l'argument doit-il être disqualifié pour n'être que le masque maladroite du paternalisme ? », in Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, op. cit., p. 18.

²⁰⁷³ Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, Stock, Puissance des femmes, 2018, p. 32.

²⁰⁷⁴ Cf. Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin I : La pensée de la différence*, op. cit., 326 p.

²⁰⁷⁵ Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, op. cit., p. 32.

²⁰⁷⁶ Gilda Nicolau indique qu'il « faut admettre que l'adhésion des justiciables et des administrés aux normes que l'on cherche à leur imposer, tient à autre chose qu'à la peur de la castration. Ainsi, le droit intuitif développé selon Léon Petrazycki, le droit vivant d'Eugen Ehrlich, plus tard le droit social de Georges Gurvitch, et en psychanalyse le besoin de croire de Sophie de Mijolla-Mellor par exemple, soutiennent l'importance de ce que les juristes nomment *l'opinio juris necessitatis*, le sentiment du caractère obligatoire du juridique, faisant du droit lui-même un fait psychique toujours à construire et à légitimer, les normes du quotidien qui y contribuent ».

²⁰⁷⁷ Cf. Anne FAUSTO-STERING, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Payot, 2013, 92 p.

mieux en mieux informés, nous sommes aussi impuissants à nous protéger d'une surveillance généralisée. Les pratiques sexuelles de tous bords, dont la grande diversité est un fait, reste bien encadrée, notamment par l'incontournable dignité, tant sur les plans civil²⁰⁷⁸ que pénal²⁰⁷⁹. Même si droit et psychanalyse nous enseignent que la jouissance ne peut être sans entrave, la connotation infamante des concepts de perversion et de délire s'amenuise, la pénalisation de certaines pratiques sexuelles a été réduite, et l'un comme l'autre tiennent progressivement compte de certaines demandes subjectives de reconnaissances singulières. Car le sexe est « le point imaginaire par lequel chacun doit passer pour avoir accès à sa propre intelligibilité, à la totalité de son corps, à son identité »²⁰⁸⁰.

Conclusion de la deuxième partie

Notre inscription dans l'ordre sexuel et cet ordre lui-même sont en pleine évolution, voire en mutation, même si la Cour de cassation affirme encore en 2017 que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil, poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique dont elle constitue un élément fondateur »²⁰⁸¹. La création d'une troisième catégorie de sexe et une reconsidération de l'ensemble des règles sexuées ou genrées semblent éminemment problématiques à concevoir dans une société dont la langue elle-même ne formule pas le neutre²⁰⁸², et qui occulte juridiquement les personnes ayant un genre, ou un sexe, non binaires.

²⁰⁷⁸ Principe « interrogeable » et « indémontrable, selon Muriel Fabre-Magnan, in Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, pp. 1-30.

²⁰⁷⁹ Une dignité « problématique si des limites à l'extension du contenu conceptuel ne sont pas arrêtées », cf. la thèse de Nathalie RAYÉ, *L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal*, thèse de doctorat en droit pénal, sous la direction de Roger Bernardini, Nice, 2008, 470 p.

²⁰⁸⁰ Ainsi l'écrivait Michel Foucault à la fin de son *Histoire de la sexualité, t. 1, La volonté de savoir*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1976, pp. 205-206.

²⁰⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n°531, 16-17.189.

²⁰⁸² Rémy LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

En même temps, à l'heure où les références au sexe s'évaporent peu à peu du Code civil - qui aujourd'hui évoque plutôt les époux²⁰⁸³, les conjoints²⁰⁸⁴ et les parents²⁰⁸⁵, plutôt que les hommes²⁰⁸⁶, les femmes²⁰⁸⁷, les pères²⁰⁸⁸ et les mères²⁰⁸⁹ - on se demande, à l'instar de certains juristes comme Jean Hauser, « si l'indication d'un sexe précis a encore un intérêt »²⁰⁹⁰. L'égalité des sexes²⁰⁹¹ et la parité ont été proclamées haut et fort, sans que le résultat soit pleinement convainquant. L'argument de l'importance de l'indication du sexe est rebattu, notamment au regard du principe de « discrimination positive », un principe qui, s'il a permis d'imposer des quotas dans certains domaines, n'a pas complètement fait ses preuves. Les lois sur la parité ont amélioré la place des femmes en politique, et dans certaines professions, mais elles restent exclues des fonctions à haute responsabilité et des salaires afférents. Le fantasme tenace de leur infériorité fait le lit de la domination masculine. En matière de protection des femmes, l'émergence du terme de « féminicide »²⁰⁹², entre autres exemples, interroge²⁰⁹³ d'ailleurs en ce qu'il martèle et prolonge l'intégration, consciente ou inconsciente, du fonctionnement patriarcal de la société, en ce qu'il confère à l'expérience féminine de la violence un caractère

²⁰⁸³ Le mot « époux » apparaît 540 fois dans le Code civil de 2020, et 269 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁴ Le mot « conjoint » apparaît 262 fois dans le Code civil de 2020, et 36 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁵ Le mot « parent » apparaît 354 fois dans le Code civil de 2020, et 12 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁶ Le mot « homme » apparaît 11 fois dans le Code civil de 2020 et 12 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁷ Le mot « femme » apparaît 6 fois dans le Code civil de 2020, et 255 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁸ Le mot « père » apparaît 156 fois dans le Code civil de 2020, et 218 fois dans celui de 1804.

²⁰⁸⁹ Le mot « mère » apparaît 134 fois dans le Code civil de 2020, et 137 fois dans celui de 1804.

²⁰⁹⁰ Jean HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux ... mais un sexe quand même, selon la loi », *RTDCiv*, 2017, pp. 608 ; Daniel BORRILLO, « La mention du sexe à l'état civil : de l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », in *Colloque international « De l'hermaphrodisme à l'intersexuation »*, Université Paris Diderot 24/06/2017 ; Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Le genre une question de droit, op. cit.*, pp. 263- 288 ; Daniel BORRILLO, « Mettons fin à la catégorie du sexe », in *Libération*, 21 octobre 2015.

²⁰⁹¹ Cf. la thèse d'Evelyne MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction de Jacqueline Amiel-Donat, Presses universitaires de Perpignan, 1997, 519 p.

²⁰⁹² Du latin *cide* (*ceadere*) « qui tue » et *femina* « femme », le mot désigne le meurtre d'une femme pour l'unique raison qu'elle est une femme.

²⁰⁹³ Clarisse Serre et Charles Evrard, avocats, indiquent que « Russell et Radford établissent enfin une très forte corrélation entre féminicide et racisme : le crime survient en raison de la haine ou du rejet des origines ethniques d'une femme, réelles ou perçues, ou des caractéristiques génétiques d'une femme. Quelle haine retiendra-t-on comme mobile du passage à l'acte dans cette hypothèse : celle du genre ou celle de l'origine ethnique ? Ainsi, le terme manque juridiquement de rigueur, au risque de ne plus être utilisé que pour désigner toute action négative impliquant des femmes, ce qui annihilerait son sens et saperait ses objectifs, pour n'en faire plus qu'un outil d'expression politique et militant », in Clarisse SERRE et Charles EVRARD, « Non, le féminicide ne doit pas être pénalement qualifié », *Dalloz.actualité* en ligne, 9 octobre 2020.

universel sans prendre en considération la disparité des situations, et enfin en ce qu'il ne tient pas compte de la diversité des identités individuelles²⁰⁹⁴.

Des résistances persistent du côté des juristes, et de nombre de psychanalystes susceptibles d'invoquer quelque forme de désordre mental, face à tout ce que peut représenter la diversification des identités sexuelles. Ces résistances s'expliquent, car l'individu est « le seuil à partir duquel et autour duquel on analyse et on interprète le monde existant »²⁰⁹⁵. Et interroger le fondement de l'identité sexuelle, c'est ébranler toute l'identité sociale. Les juristes savent bien que prendre le risque de bouleverser l'ordre de la loi, c'est laisser poindre le désordre du désir. L'ensemble des appartenances personnelles à toutes sortes d'institutions est impacté par cette métamorphose, depuis la sphère familiale, amicale, professionnelle, sociale, jusqu'à la sphère politique. On comprend dès lors les inquiétudes des juristes et des psychanalystes. Car non seulement le schéma de l'Œdipe est perturbé²⁰⁹⁶ par de nouveaux modes de vivre, mais toute une « tradition occidentale » et la dogmatique juridique de Pierre Legendre se trouvent mises en cause. C'est toute l'ossature d'un système de soumission construit sur la Loi qui se fissure et s'effrite. Aujourd'hui, le désir se fait fortement entendre, et cet état de fait a quelque chose d'intolérable. Au point que se trouve réouverte la « vieille tranchée des dogmatismes où s'enracinent les mirobolantes sciences humaines, trop mal informées de leur terrain »²⁰⁹⁷.

On sait que la personne humaine se construit en tant que sujet autour de l'image que lui renvoient de multiples instances, à commencer par le regard maternel, puis à travers de nombreuses formes de reconnaissance sociale. Elle appartient à nombre de groupes sociaux et d'institutions, depuis la famille, la sphère amicale, professionnelle, politique, religieuse, aux établissements d'instruction, etc., au sein desquels elle noue des liens, conscients et inconscients, et se crée les diverses facettes de son identité tout en construisant sa personnalité autonome ; une identité multiforme qui constitue le soubassement de sa vie sociale. L'identité

²⁰⁹⁴ Une personne queer ou transgenre ou encore intersexe peut-elle être victime de féminicide, ou en commettre un féminicide ? Le législateur qui ne se risque pas à définir le masculin et le féminin

²⁰⁹⁵ Miguel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, op. cit., p. 15.

²⁰⁹⁶ Le mythe d'Œdipe a une valeur normative qui se veut universelle, mais d'une certaine manière, un mythe, même fondateur de la subjectivité contemporaine, dit ce qu'on lui fait dire, et on peut relever que l'histoire d'Œdipe est longtemps restée marginale dans le corpus mythologique grec, in Didier ROBIN, « Misogynie et initiation, meurtre symbolique de la mère et adolescence », *Le Coq-héron*, vol. 194, no. 3, 2008, pp. 55-68.

²⁰⁹⁷ Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, op. cit., p. 5.

humaine est donc transindividuelle, elle se construit dans une tension entre l'individuel et le collectif, elle est dépendante des autres en même temps que de soi : « L'identité n'est jamais ni monolithique, ni donnée une fois pour toutes ; elle est plurielle, elle porte en elle le conflit entre plusieurs identités, et elle est normalement en constante transformation »²⁰⁹⁸. Vivante, fluide, parce que pluralisée, elle n'est pas tributaire d'un seul mode d'interaction, le rapport à soi ne se ramène pas à une identité univoque, massive et exclusive de toute altérité²⁰⁹⁹. Elle se fonde sur un faisceau de facteurs provisoires empruntés à des registres, objectifs ou subjectifs, et qui participent d'une narration sociale de l'être et de la société²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁸ Soraya NOUR, « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, vol. 78, n°2, 2011, p. 361.

²⁰⁹⁹ Étienne BALIBAR, *La crainte des masses*, Galilée, La philosophie en effet, 1997, pp. 46-47.

²¹⁰⁰ Lionel OBADIA, « Normativité contrastive de l'identité « moderne ». Approche critique et pragmatique de l'ontologie de la subjectivisation contemporaine », in Géraldine Aidan, Émilie Debaets (dir), *L'identité juridique de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 248.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Si j'avais encore, ce qu'à Dieu ne plaise, quelque chose à dire, j'y regarderais à deux fois avant de me taire », écrit Gérard Genette, théoricien de la littérature²¹⁰¹ ... Il est certain qu'il existe toujours énormément à dire sur l'identité juridique de la personne humaine. Toutes les combinaisons ne sont pas épuisées et la ressource inexhaustible des détails à rechercher, à imaginer, à recueillir, à mettre en perspective, à étudier, à comprendre, permettrait d'élaborer une suite, de nourrir un livre infini dans lequel aucune page ne serait la première, ni aucune la dernière selon l'expression de Jorge-Luis Borges²¹⁰². L'identité de la personne humaine reste pour la plus grande partie une énigme qui donne à réfléchir. Toutefois, au terme de cette étude, deux affirmations sont possibles.

La première est d'ordre méthodologique. Ce travail a montré la nécessité d'enrichir le lexique des juristes avec le concept d'inconscient pour compléter la boîte à outils classique des juristes. Le concept d'inconscient n'est pas la propriété des psychanalystes et si l'on veut comprendre quelque chose dans une demande de changement d'identité, on doit pouvoir examiner ce qui se joue psychiquement dans cette demande. Les demandes de changement d'identité ne sont pas le produit d'un homme rationnel. Si elles sont le résultat d'une volonté consciente, elles traduisent aussi les pulsions et les fantasmes d'une personne qui ne peuvent être compris que si l'on comprend son histoire. Plus largement, si nous retenons les définitions du droit selon lesquelles le droit est un « phénomène psychique », nous avons été conduits à analyser la rationalité du système juridique de l'identité et en même temps, les effets pervers de l'état civil. Dans cette affaire, le droit en tant qu'ensemble de discours prescriptifs, tout comme le discours sur le droit, peuvent être tout aussi délirants que la personne qui s'interroge sur son identité.

La seconde affirmation porte directement sur le fond. Nous avons montré que si l'identification de la personne est essentielle au sein de notre système juridique, le dispositif juridique, s'il est

²¹⁰¹ Gérard GENETTE, *Codicille*, Seuil, 2009, p. 47.

²¹⁰² Cf. Jorge-Luis BORGES, *Le livre de sable*, (1975), Gallimard-Folio, 1983, p. 141.

trop intrusif, devient attentatoire à l'identité et à la liberté des personnes. Trois précisions découlent de cette affirmation.

Au moment où l'on comprend que l'identité devient subjective et mouvante et qu'elle peut, notamment s'émanciper d'un sexe assigné à la naissance, il faut rappeler qu'il ne peut y avoir de système institutionnel qui fonctionne sans nom. Et l'on ne peut répondre à la question « qui suis-je ? » avec l'assurance d'Ulysse qui se contente de répondre au Cyclope : « mon nom est Personne ». Il est certain que l'on ne peut pas se débarrasser de tous les (re)pères pour construire des généalogies à une époque où les prédateurs qui pratiquent la violence intrafamiliale, dont l'inceste, sont ouvertement et clairement pourchassés²¹⁰³. Il ne faut pas oublier qu'Œdipe enfreint la loi car ses identifications sont brouillées. Il existe la tentation d'échapper à son identité et de considérer que « je ne suis pas moi »²¹⁰⁴. Chaque institution se construit par un montage identitaire fictionnel sur lequel se greffe l'interdit.

Toutefois, en lisant le Code civil avec Freud, nous découvrons les effets pervers d'un état civil qui assigne une place à chacun dans le temps et l'espace, ainsi qu'une classification binaire hommes/femmes qui forme un dispositif propice à l'exercice de la domination. Longtemps la métaphore rassurante du « bon père de famille » n'a pas été discutée, elle a été le paravent d'un système répressif. Et il nous semble que le terme de « rejet » utilisé par le juge pour ne pas faire droit à une demande de changement d'identité d'une personne intersexuelle n'est rien moins qu'un déni délibéré de la réalité, signe d'une véritable névrose normative. Nous montrons aussi les dérives d'une identité dite « objective » qui permettrait grâce à un seul regard (l'identification par la reconnaissance faciale) ou par un examen génétique, de reconnaître une personne. De tels mécanismes conduisent à un rétrécissement de l'identité d'une personne tout en limitant son droit à la vie privée. L'identité d'une personne ne peut se réduire à l'identité de son corps. La psychanalyse a été précieuse car elle rappelle clairement que derrière ces questions d'identité, il y a le fantasme, et l'on sait que celui-ci est toujours pervers »²¹⁰⁵. Les fantasmes juridiques en matière d'identité sont nombreux : fantasme narcissique de maîtrise de

²¹⁰³ Cf. l'édito politique de Thomas LEGRAND sur France Inter le 6 janvier 2021 : « Affaire Olivier Duhamel : il faut écouter les enfants des enfants d'après-guerre ! ».

²¹⁰⁴ Michel BENASAYAG, *La Fragilité, op. cit.*, pp. 104-114.

²¹⁰⁵ Didier CASTANET, « Symptômes et perversions », in *L'en-je lacanien*, n°8, 2008, p. 23.

son corps, fantasme de domination, fantasme masochiste. Ces fantasmes sont en grande partie refoulés. La thèse nous a permis d'en dévoiler quelques-uns.

Nous en arrivons à la conclusion finale qui sera dès lors plus dogmatique : si toute personne a un droit à une identité, les modalités de cette identification doivent être limitées. Contre un pan-juridisme ambiant, certaines mentions comme celle du sexe, ne sont pas nécessaires pour permettre l'identification des personnes. Alors que quelques auteurs de la doctrine espèrent « plus de droit » en matière d'identité, et notamment en pensant la création d'un droit fondamental à l'identité, nous avançons l'idée « de moins de droit »²¹⁰⁶. Plus simplement, on pourrait écrire : « moins on en fait juridiquement en matière d'identité, mieux la personne se porte » Les catégories juridiques que l'on croit naturelles peuvent se transformer en pièges et en fictions. On ne peut pas faire mentir l'identité d'une personne humaine sans prendre le risque que l'État devienne l'incarnation d'un pouvoir glacial et monstrueux, et sans rompre la symbolique de l'autorité. Nous devons songer qu'un jour peut-être, dans une autre économie du corps et de l'identité, les ruses modernes du savoir juridique et du pouvoir nous paraîtront vaines et dérisoires et nous serons étonnés par les résistances et les ombres du passé.

²¹⁰⁶ Cf. la proposition de Jean Carbonnier du non droit, *Flexible droit*, 5^{ème} édition, LGDJ 1983, pp. 9-83.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS JURIDIQUES

A. MANUELS GÉNÉRAUX, TRAITÉS, PRÉCIS

Christian ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, PUF, Droit fondamental, 1985, 265 p.

Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis droit, 4^{ème} éd., 2016, 364 p.

Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, Université, 13^{ème} éd., 2014, 381 p.

Laurent AYNÈS, Hugues FULCHIRON, Philippe MALAURIE, *Droit de la famille*, LGDJ, Lextenso éditions, 5^{ème} éd., 2016, 845 p.

David BAKOUCHE, *Droit civil : les personnes, la famille*, Hachette, HU Droit, 2005, 255 p.

Annick BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, Manuels, 8^{ème} éd., 2015, 540 p.

Bernard BEIGNIER, Jean-René BINET, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Cours, 3^{ème} éd., 2017, 552 p.

Alain BÉNABENT, *Droit civil : la famille*, LexisNexis / Litec, Manuels, 11^{ème} éd., 2003, 598 p.

Alain BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDJ Lextenso, Domat Droit privé, 3^{ème} éd., 2014, 546 p.

Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du Droit*, Dalloz, Méthodes du Droit, 5^{ème} éd., 2012, 400 p.

Clara BERNARD-XÉMARD, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, Lextenso éditions, 4^{ème} éd., 2018, 558 p.

Jean-René BINET, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, Lextenso, 2017, 315 p.

William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1765-1769, vol.1, 1263 p.

Philippe BONFILS, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, Précis, 2ème éd., 2014, 1278 p.

Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, Précis, 20ème éd., 2007, 710 p.

Marjorie BRUSORIO-AILLAUD, *Droit des Personnes et de la Famille*, Larcier, Paradigme, 9ème éd., 2018, 360 p.

Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Sirey, Université, 18ème éd., 2013, 1120 p.

Rémy CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Cours, 11ème éd., 2015, 276 p.

Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile T1. Introduction, personnes, famille*, Dalloz, 13ème éd., 2015, 792 p.

Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile T2. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 13ème éd., 2015, 892 p.

Jean CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 27ème éd., PUF, Thémis droit privé, 2002, 384 p.

Jean CARBONNIER, *Droit civil – 1. Introduction, Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige Manuels, 2004, 1496 p.

Jean CARBONNIER, *Droit civil – I/ Les personnes – Personnalité, incapacités, personnes morales*, 21ème éd., PUF, Thémis droit privé, 2000, 432 p.

Jean CARBONNIER, *Droit civil – Tome 2. La famille, l'enfant et le couple*, 21ème éd., PUF, Thémis droit privé, 2002, 756 p.

François CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome 1, Volume 1, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, François Chabas, 12ème éd., 2000, 650 p.

Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 1994, 158 p.

Philippe CONTE et Patrick MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 7ème éd., 2004, 394 p.

Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Domat droit privé, 12ème éd., 2005, 733 p.

Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, Domat droit privé, 9ème éd., 2006, 654 p.

Gérard CORNU, *Droit civil. Les personnes*, LGDJ, Précis Domat, 13ème éd., 2007, 256 p.

Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, 3^{ème} éd., 456 p.

Patrick COURBE, Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, Université, 7^{ème} éd., 2017, 600 p.

Patrick COURBE, Fabienne JAULT-SESEKE, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Mémentos, 9^{ème} éd., 2015, 306 p.

Mélina DOUCHY-OUDOT, *Droit civil 1^{ère} année. Introduction, Personnes, Familles*, Dalloz, Hypercours, Cours et Travaux dirigés, 10^{ème} éd., 2019, 563 p.

Charles EISENMANN, *Cours de doctorat*, t. 2, LGDJ, 1982, 907 p.

Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit. Droit des personnes. Méthodologie juridique*, PUF, Licence droit, 2^{ème} éd., 2011, 298 p.

Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand SOUCRAMANIEN, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI, Jérôme TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, 622 p.

Thierry GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Montchrestien, Focus, 3^{ème} éd., 2004, 269 p.

Jean GARRIGUE, *Droit de la famille*, Dalloz, HyperCours, 2018, 788 p.

Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Tome 1, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, 891 p.

Jacques GHESTIN, Jean HAUSER, Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La Famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991, 556 p.

Jacques GHESTIN, Jean HAUSER, Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 943 p.

Jean-Pierre GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français (notions fondamentales, méthodologie, synthèses)*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, 806 p.

Louise LANGEVIN, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Éditions des archives contemporaines et AUF, 2008, 216 p.

Florence LAROCHE-GISSEROT (dir.), *Leçons de droit civil*, tome I, vol. 2, *Les personnes, la personnalité, les incapacités*, Montchrestien, Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud, François Chabas, 8^{ème} éd., 1997, 466 p.

Christian LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé, Tome I*, Economica, Droit civil, 5^{ème} éd., 2006, 381 p.

Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU, Didier TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, Thémis, Droit, 2007, 690 p.

Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Droit fondamental, 1998, 475 p.

Philippe MALAURIE, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, Droit civil, 9^{ème} éd., 2017, 407 p.

Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La Famille*, LGDJ-Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, 748 p.

Philippe MALAURIE, Patrick MORVAN, *Droit civil. Introduction au droit*, LGDJ-Defrénois, 5^{ème} éd., 2014, 420 p.

Philippe MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Cujas, 3^{ème} éd., 2007, 326 p.

Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, Manuels, 14^{ème} éd., 2013, 504 p.

Astrid MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, Cours, 3^{ème} éd., 2018, 300 p.

Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD, *Les personnes*, Sirey, 3^{ème} éd., 1976, 1023 p.

Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2010, 647 p.

Gérard MEMETEAU, *Cours de droit médical*, Études Hospitalières, 3^{ème} éd., 2006, 435 p.

Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, 1072 p.

Roger MERLE, André VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982, 2111 p.

Pierre MURAT, *Droit de la famille 2014/2015*, Dalloz, Action, 6^{ème} éd., 2013, 2020 p.

Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, 156 p.

Xavier PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, Cours, 4^{ème} éd., 2010, 430 p.

Marie-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions de et contre les personnes*, Dalloz, Précis, 5^{ème} éd., 2006, 724 p.

Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, Gualino, Mémentos LMD, 15^{ème} éd., 2016-2017, 256 p.

Jean RIVERO, *Les libertés publiques, tome 1, Les droits de l'homme*, PUF, Thémis, Droit public, 8^{ème} éd., 1997, 262 p.

Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 5^{ème} éd. 1994, 907 p.

Frédéric SUDRE, Laure MILANO et Hélène SURREL (collaboratrices), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^{ème} éd. Mise à jour, PUF, Droit fondamental, Classiques, 2019, 1013 p.

Frédéric SUDRE, Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Gérard GONZALEZ, Adeline GOUTTENOIRE, Fabien MARCHADIER, Laure MILANO, Aurélia SCHAHMANECHE, Hélène SURREL, David SZYMCZAK, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis droit, 2019, 1000 p.

François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2012, 666 p.

François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2011, 1118 p.

François TERRÉ, Dominique FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes. Personnalité – Incapacité - Protection*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2012, 934 p.

Bernard TEYSSIÉ, *Droit des personnes*, LexisNexis, Manuels, 19^{ème} éd., 2017, 667 p.

Michel VERON, *Droit pénal spécial*, Dalloz-Sirey, Sirey Université, 13^{ème} éd., 2010, 498 p.

Pierre VOIRIN, Gilles GOUBEAUX, *Droit civil, tome 1 : Introduction au droit, Personnes, Famille, Personnes protégées, Biens, Obligations, Sûretés*, LGDJ, Manuels, 35^{ème} éd., 2015, 800 p.

Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Connaissance du droit, 5^{ème} éd., 2008, 187 p.

Frédéric ZENATI-CASTAING, Thierry REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, Droit fondamental, 2006, 288 p.

B. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

Sami Awad Aldeeb ABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009, 585 p.

Géraldine AÏDAN, Émilie DEBAETS (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2013, 418 p.

Paul AMSELEK, *Théorie des actes de langage, Éthique et droit*, PUF, 1986, 256 p.

Maria ARISTODEMOU, *Law, Psychoanalysis, Society. Taking the unconscious seriously*, Routledge, 2014, 179 p.

André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit ?*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, sous la direction de Charles Eisemann, Henri Batifol, Michel Villey, vol. XXVI, 1981, 466 p.

Vincent AUBELLE, *La loi sur le divan*, Berger Levrault, Au fil du débat, 2019, 224 p.

Catherine AUDARD, *Le respect : De l'estime à la déférence : une question de limite*, Autrement, Nos valeurs, 2009, 217 p.

Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Les Voies du droit, 1987, 288 p.

Jean-Pierre BAUD, *L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps*, Seuil, « Des Travaux », 1993, 252 p.

Jean-Pierre BAUD, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Flammarion, coll. Alto-Aubier, 2001, 339 p.

Jean-Louis BAUDOIN et Catherine LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Les voies du droit, 1987, 288 p.

Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in M. MAESTRO, *Cesare Beccaria e le origini della riforma penale e «Dei delitti e delle pene», di Cesare Beccaria*, Milano, Feltrinelli Economica, 1977, 261 p.

Florence BELLIVIER, Charlotte GIRARD, Sabine BOUSSARD, Xavier BIOY, Pierre EGÉA, *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 août 2004*, sous la direction de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, LGDJ, Droit et société, 2006, 160 p.

Florence BELLIVIER, *Droit des personnes*, LGDJ, Lextenso éditions, Domat, 2015, 283 p.

Jeremy BENTHAM, *Introduction aux principes de morale et de législation*, traduction en langue française Centre Bentham, Vrin, Analyse et philosophie, 2011, 368 p.

Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, Histoire et document, 1997, 304 p.

Pierre BERLIOZ, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, 596 p.

Jean-René BINET, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, Partage du savoir, 2002, 352 p.

Jean-René BINET, *La réforme de la loi bioéthique, commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, LexisNexis, Actualité, 2012, 175 p.

Pascale BLOCH, Cyrille DUVERT, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et Indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Economica, Études juridiques, 2006, 189 p.

Pascale BLOCH et Valérie SEBADT-SEBAG (dir.), *L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, 172 p.

Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, La pensée juridique, 1998, 296 p.

Daniel BORRILLO, *Disposer de son corps : un droit encore à conquérir*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, 160 p.

Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, 238 p.

Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, Les voies du droit, 2009, 272 p.

Daniel BORRILLO et Éric FASSIN (dir.), *Au-delà du Pacs. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, 2001, 278 p.

Eleonora BOTTINI et Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La vulnérabilité*, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2020, n° 18, version résumée disponible en ligne, <https://journals.openedition.org/crdf/6382>, version intégrale disponible en novembre 2021.

Bénédicte BOYER-BÉVIÈRE, Astrid MARAIS et Dorothée DIBIE, *Identité, sexe et genre en matière de Droit et bioéthique* (validé au titre de la formation continue des magistrats et des avocats), cycle de six conférences, organisé à la Cour de cassation du 24 janvier 2019 au 21 novembre 2019.

Jean-Claude BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993, 682 p.

Jan Maurits BROEKMAN, *Droit et anthropologie*, LGDJ, La Pensée juridique, 1993, 216 p.

Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, 1949, LGDJ, 733 p.

Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2010, 747 p.

Anne-Blandine CAIRE (dir.), *Les fictions en droit, Les artifices du droit : les fictions*, Clermont-Ferrand, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, 194 p.

Henri CAPITANT, *Comment il faut faire sa thèse en droit*, Dalloz 1926, rééd. Hachette Livre BNF, 2018, 102 p.

Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du Droit, 10^{ème} éd., 2014, 496 p.

Olivier CAYLA, Yan THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, Le Débat, 2002, 192 p.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^o éd. 2016, 456 p.

Véronique CHAMPEIL-DESPLAT, *Théorie générale des droits et libertés. Perspective analytique*, Dalloz, 2019, 452 p.

Frédérique COHET-CORDEY, *Vulnérabilité et droit*, Grenoble, PUG, 2000, 336 p.

COLLECTIF, *Biologie, personne et droit*, Droits, Revue française de théorie juridique n^o 13, PUF, 1991, 192 p.

COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n^o 15, 215 p.

COLLECTIF, *Identité personnelle et droit*, Institut Catholique de Paris, Institut de Criminologie et de droit pénal de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), 3 décembre 2018.

Francesco D'AGOSTINO, *La bioéthique, Dans la perspective de la philosophie du droit*, Presses de l'Université Laval, Dikè, 2006, 137 p.

Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, 326 p.

Anne C. DAILEY, *Law and the Unconscious: A Psychoanalytic Perspective*, Yale University Press, 2017, 283 p.

Giorgio DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2003, 470 p.

Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2004, 388 p.

André DEMICHEL, *Le droit de la santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 1998, 137 p.

Xavier DIJON, *Droit naturel, Tome 1, Les questions du droit*, PUF, Thémis Droit privé, 1998, 624 p.

Mathieu DOAT et Gilles DARCY, et Collectif, *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, Penser le droit, 2011, 455 p.

Mathieu DOAT et Jacobo RIOS (dir.), *Identités et droit*, Actes du colloque de l'université de Perpignan, 8 novembre 2019, Mare Martin, à paraître en 2021.

Jean-Paul DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine, volume 1, La protection de la vie et de l'intégrité corporelle*, Gazette du Palais, Diffusion Litec, 2^{ème} éd., 1994, 248 p.

Raphaël DRAÏ, *La politique de l'inconscient*, Payot, Bibliothèque Scientifique, 1979, 261 p.

Raphaël DRAÏ, *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Hermann, Philosophie, 2010, 254 p.

Bernard EDELMAN, *À quoi obéir ?*, Payot, Petite Bibliothèque Payot, 2004, 190 p.

Bernard EDELMAN, *La personne en danger*, PUF, Doctrine juridique, 1999, 550 p.

Bernard EDELMAN et Marie-Angèle Hermitte, *L'homme, la nature et le droit*, Christian Bourgois, 1993, 391 p.

Bernard EDELMAN, *Ni chose, ni personne : le corps humain en question*, Hermann, Philosophie, 2009, 143 p.

Bernard EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel, La fabulation juridique*, Hermann, Le Bel Aujourd'hui, 2007, 287 p.

Bernard EDELMAN, *Tous artistes en droit, Une petite histoire de l'esthétique à l'ère des droits de l'homme*, Hermann, 2011, 336 p.

Jessica EYNARD (dir.), *L'identité numérique : Quelles définitions ? Pour quelles protections ?*, Actes du colloque de l'université de Toulouse, Actes du colloque du 12 décembre 2019.

Muriel FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Hors collection, 2018, 354 p.

Nicole GALLUS, *Bioéthique et droit*, Bruxelles, Anthémis, 2013, 298 p.

Georges GARIOUD, Yann AGUILA (préf.), Collectif, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ? Mission de recherche Droit et Justice*, PUF, Droit et Justice, 2007, 359 p.

Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS, *Le sexe et le droit*, Montréal, Liber, 2001, 173 p.

Charlotte GIRARD, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005, 318 p.

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, Les voies du droit, 2011, 317 p.

Stephan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Dalloz, 2^{ème} éd., Connaissance du droit, 2015, 127 p.

Peter GOODRICH, *Law and the Unconscious*, London, Palgrave Macmillan, Language, Discourse, Society 1997, 270 p.

François GORPHE, *L'Appréciation des preuves en justice - Essai d'une méthode technique*, Sirey, 1947, 488 p.

Association Henri CAPITANT, *La place du juriste face à la norme*, (Journées nationales, Tome XVI, Rennes), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, 180 p.

Association Henri CAPITANT, *Le corps humain et le droit*, (Journées belges de Bruxelles, Tome XXVI, Liège, Gand et Louvain), Dalloz, 1977, 536 p.

John CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 2nd éd., NY, The MacMillan Cy, 1938, 349 p.

Maurice HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1899*, Larose, 1899, 176 p.

Maurice HAURIOU, Olivier Beaud (préf.), *Principes de droit public*, 1^{ère} éd. (1910), rééd. Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2010, 734 p.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, Repères, 2009, 126 p.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, 799 p.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Marc PICHARD, Diane ROMAN, *Genre et droit, Ressources Pédagogiques*, Dalloz, 2016, 454 p.

Carlos Miguel HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Presses Université Laval, Dikè, 2004, 100 p.

Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, Philosophie politique, 1997, 331 p.

Marcela IACUB et Pierre JOUNNET (dir.), *Juger la vie*, La découverte, Cahiers libres, 2001, 256 p.

Marcela IACUB, *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Epel, Essais, 2002, 272 p.

Marcela IACUB, *L'empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Fayard, Histoire de la pensée, 2004, 359 p.

Marcela IACUB, *Qu'avez-vous fait de la révolution sexuelle ?*, Points, Points Conte Sociologique, 2007, 157 p.

Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2003, 314 p.

Emmanuel JEULAND, *La fable du ricochet : Approche juridique des liens de parole*, Mare Martin, Paradigme relationnel, 2009, 350 p.

Emmanuel JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2016, 506 p.

- Emmanuel JEULAND, *La justice des émotions*, IRJS, Les humanistes du droit, 2020, 479 p.
- Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, A. Marescq, 3^{ème} éd., trad. fr. O. de Meulenaere, 1880, 321 p.
- Louis JOSSERAND, *Les Mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, CNRS Éditions, 1984, 436 p.
- Georges KALINOWSKI, *Querelle de la science normative : une contribution à la théorie de la science*, LGDJ, 1969, 160 p.
- Hans KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ? Suivi de Droit et Morale*, Genève, Markus Haller, 2012, 141 p.
- Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996, 616 p.
- Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant & LGDJ, La pensée juridique, 1999, 367 p.
- Hans KELSEN, *Théorie pure du droit (1934)*, 1^{ère} édition, Éditions de la Baconnière, Cahiers de philosophie, Être et penser, 1953, 296 p.
- Duncan KENNEDY, *Sexy dressing. Violences sexuelles et érotisation de la domination*, Champs, Essais, 2008, 241 p.
- Geneviève KOUBI, Patricia HENNION-JACQUET et Vida AZIMI, *L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice*, Éditions panthéon Assas, Colloques, 2014, 251 p.
- Catherine LABRUSSE-RIOU, *Écrits de bioéthique*, PUF, Quadrige, 2007, 449 p.
- Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Stéphanie PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Précis Dalloz Droit privé, 6^{ème} éd., 2009, 1056 p.
- Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, Partage du savoir, 2005, 248 p.
- Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^{ème} éd., Université, 2008, 580 p.
- Laura LEDERER, *L'envers de la nuit. Les femmes contre la pornographie*, Remue-Ménage, Les entêtées, 2005, 410 p.
- Pierre LEGENDRE, *De la Société comme Texte. Linéaments d'une Anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001, 259 p.
- Pierre LEGENDRE, *Jouir du pouvoir, Traité de la bureaucratie patriote*, Les Éditions de Minuit, Critique, 1976, 275 p.

Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Le champ freudien, 1974, 270 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons I. La 901^e conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, Fayard, 1998, 464 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons II. L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Fayard, 2001, 260 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons IV. L'ineestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 2^{ème} éd., 2004, 410 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons IV suite, Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Fayard, 1988, 229 p.

Pierre LEGENDRE et Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Leçons IV suite 2, Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Fayard, 1990, 235 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons VI. Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Fayard, 1992, 471 p.

Pierre LEGENDRE, *Leçons VIII, Le crime du caporal Lortie, Traité sur le Père*, Fayard, 1989, 186 p.

Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en occident. Aspects théoriques*, Fayard, 1999, 368 p.

Pierre LEGENDRE & Collectif, *Tour du monde des concepts*, , Fayard, 2013, 444 p.

Jean-Michel LEMOYNE de FORGES, *Le droit de la santé*, PUF, Que sais-je ?, 4^{ème} éd., 2000, 128 p.

Eugène LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Alexandre Mesnier, 2^{ème} éd., 1834, 482 p.

Rémy LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, 450 p.

Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, 256 p.

Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Éditions Cujas, 1996, 207 p.

Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, 202 p.

Astrid MARAIS, *La procréation pour tous ?*, Dalloz, 2015, 236 p.

Andrei MARMOR, *Interpretation and Legal Theory - Revised Second Edition*, Oxford, Hart Publishing, 2^{ème} ed., 2005, 179 p.

Bertrand MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica, Droit public positif, 2000, 148 p.

Bertrand MATHIEU, *Le droit à la vie : dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes*, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, 128 p.

Béatrice MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, 1999, 555 p.

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit composé*, Bruylant, LGDJ, 1997, 640 p.

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille & le droit : 1968-1998, trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, 589 p.

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et Irène THÉRY (dir.), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, LGDJ, Droit et société, 1995, 225 p.

Chantal MILLON-DELSOL, *L'État subsidiaire*, PUF, Léviathan, 1992, 240 p.

Aude MIRKOVIC, *La notion de personne*, PU Aix-Marseille, 2003, 472 p.

Aude MIRKOVIC, *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino, Les carrés, 2013, 144 p.

Aude MIRKOVIC, *PMA, GPA. La controverse juridique*, Pierre Téqui Éditeur, 2014, 90 p.

Charles Louis de MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, I, 1, in *Œuvres complètes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, t. II, 1951, 1800 p.

Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Les Voies du droit, 2005, 265 p.

Claire NEIRINCK (dir.), *L'État civil dans tous ses états*, LGDJ, Droit et société, 2008, 206 p.

Claire NEIRINCK, *Mater semper certa est ? : Passé, présent, avenir d'un adage*, Bruylant, 2018, 266 p.

Jean-François NIORT et Guillaume VANNIER, *Michel Villey et le droit naturel en question*, L'Harmattan, 1994, 175 p.

Francesco Saverio NISIO, *Jean Carbonnier, Regards sur le droit et le non-droit*, Dalloz, L'Esprit du Droit, 2005, 203 p.

François OST, *Le temps du droit*, Éditions Odile Jacob, Histoire et Document, 1999, 384 p.

François OST, *Raconter la loi : aux sources de l'imaginaire juridique*, Éditions Odile Jacob, 2004, 442 p.

François OST, *Sade et la loi*, Odile Jacob, 2005, 345 p.

François OST et collectif, *Lettres et lois, Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 400 p.

Evgueny PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Edi, 1990, 173 p.

Carole PATEMAN, *Le contrat sexuel*, Geneviève FRAISSE (préf.), Éric FASSIN (postface), Éditions La découverte, Institut Émilie du Châtelet (IEC), 2010, 333 p.

Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET, *La dignité de la personne humaine*, Economica, Études juridiques, 1999, 181 p.

Philippe PÉDROT et Peggy LARRIEU, *Transhumanisme : Approche pluridisciplinaire d'une nouvelle utopie*, MA Éditions, 2018, 250 p.

Chaïm PERELMAN, *Droit, Morale et Philosophie*, LGDJ, Bibliothèque de Philosophie du Droit, vol. VIII, 1968, 149 p.

Chaïm PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit* », in *Archives de philosophie du droit*, tome 23, Sirey, 1978, pp. 35-42.

Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, 1979, 2^{ème} éd., 202 p.

Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Section juridique, Université Libre de Bruxelles, 1974, 350 p.

Emmanuel PIERRAT, *Le sexe et la loi*, La Musardine, L'attrape-corps, 2019, 275 p.

Sébastien PIMONT (prés.), Vincent FORRAY, Alexandre GUIGUE, Geneviève PIGNARRE (dir.), *Le genre une question de droit, Actes du colloque du 24 juin 2010*, ouvrage collectif, Jurisprudence, Revue critique, Lextenso, 2011, 379 p.

Sébastien PIMONT, Vincent FORRAY, *Décrire le droit ... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2017, 366 p.

Xavier PIN, *La liberté de consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, PUF, Droits, n° 49, 2009, 252 p.

Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine, étude de droit comparé*, Émile Bruylant 2003, 1001 p.

Bruno PY, *Le sexe et le droit*, PUF, Le point des connaissances actuelles, 1999, 127 p.

Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, 1882, rééd. 1997, 47 p.

Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit privé. Personnes et biens*, Ellipses, 2008, 172 p.

Alain RENAUT, Lukas SOSOE, *Philosophie du droit*, PUF, Recherches philosophiques, 1991, 488 p.

Thierry REVET, *La force de travail. Étude juridique*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, 1992, 727 p.

Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, tomes I et II, PUF, Thémis, 2003, respectivement 271 p. et 269 p.

Diane ROMAN, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Mathias MOSCHEL, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013, 278 p.

Isabelle ROME, *Liberté, égalité, survie*, Stocks, Essais -Documents, 2020, 180 p.

Raphaël ROMI, *Méthodologie de la recherche en droit*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2019, 131 p.
Alf ROSS, *Imperatives and Logic*, *Theoria*, VII/VIII, 1941, § 6.

Alf ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, 383 p.

Norbert ROULAND, *L'anthropologie juridique*, PUF, Que sais-je ?, n° 2528, 1990, 127 p.

Denis SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Les voies du droit, 1994, 156 p.

Aldo SCHIAVONE, *IUS. L'invention du droit en occident*, éd. Belin, 2011, 672 p.

Valérie SEBAG-DEPADT, *Droit et bioéthique*, Bruxelles, Larcier, Droit des technologies, 2^{ème} éd., 2012, 276 p.

Philippe SEGUR, *Le pouvoir monstrueux*, Buchet - Chastel, 2010, 146 p.

Alain SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, 334 p.

Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, Essais, 2015, 512 p.

Gabriel TARDE, *La criminalité comparée*, Empêcheurs de tourner en rond, Sciences humaines grand format, 2004, 224 p.

François TERRÉ, *Le suicide*, PUF, Droit, éthique, société, 2004, 232 p.

François TERRÉ (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Sirey, APD, tome 43, 1999, 521 p.

François TERRÉ (dir.), *Le sujet de droit*, Sirey, APD, tome 34, 1989, 430 p.

François TERRÉ (dir.) *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, 140 p.

Jean-Louis THIREAU, « L'identité des personnes : perspectives historiques », in Jacques Chevallier, *L'identité politique*, PUF, 1994, 445 p.

Michel TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 4ème éd., 2015, 128 p.

Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, 334 p.

Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, 358 p.

Guillaume TUSSEAU, *Jeremy Bentham La guerre des mots*, Dalloz, Les sens du droit, 2011, 185 p.

Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, 358 p.

Jacques VERGÈS, Michel ZAVRIAN, et Maurice COURRÉGÉ, *Le droit et la colère*, Éditions de Minuit, 1960, 180 p.

Michel VILLEY, *Critiques de la pensée juridique moderne : douze autres essais. Notes sur le concept de propriété*, Dalloz, 1976, 274 p.

Michel VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2ème éd., 2002, 326 p.

Max WEBER, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2ème éd., 2013, 324 p.

Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé tome 253, 1997, 441 p.

Valentine ZUBER, *Le culte des droits de l'homme*, NRF, Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, 2014, 405 p.

C. DICTIONNAIRES

Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, 1649 p.

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS, Frédéric SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Quadrige, Dicos poche, 2008, 1024 p.

André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Anthologie du Droit, 2018, 758 p.

Rémi CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Collectif, Litec, Objectif droit, 2002, 393 p.

Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPÉRIN, *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, 620 p.

Gérard CORNU (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 10^{ème} éd., 2014, 1099 p.

Claude EVIN, *Petit dictionnaire des droits des malades*, Seuil, 1998, 252 p.

Serge GUINCHARD (dir.), Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2011, 840 p.

ULPIEN, Digeste I, I, 10, p. 43, in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, traduction française H. Hulot, t. 1, Metz, Behmer et Lamort, Rondonneau, 597 p.

D. THÈSES ET MÉMOIRES

Géraldine AÏDAN, *Le fait psychique, objet des normes juridiques*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction d'Étienne Picard, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2012, 562 p.

Irma ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1994, 575 p.

Yaël ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Marie-Hélène Bernard-Douchez, Toulouse I, LGDJ, 2002, 656 p.

Jacques BARILLON, Paul BENSUSSAN, *Le nouveau code de la sexualité*, Odile Jacob, 2007, 368 p.

Xavier BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Henry Roussillon, Toulouse I, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, 913 p.

Daniel BORRILLO, *L'homme propriétaire de lui-même : le droit face aux représentations populaires et savantes du corps*, thèse de doctorat de l'Université de Strasbourg, Ateliers de Lille, 1992.

Guillaume-Xavier BOURIN, *Contribution à l'étude du délit de manipulation mentale préjudiciable*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Christine Lazergues, Montpellier 1, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de sciences pénales et de

criminologie, Centre de recherches en matière pénale Fernand Bouland, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, 301 p.

Claire CAMUS-CHRIQUI, *La maladie mentale et le délinquant*, thèse de doctorat en droit pénal criminologie, sous la direction de Jacques-Henri Robert, Paris 2, 2004, 309 p.

Lisa CARAYON, *La catégorisation des corps. Étude sur l'humain avant la naissance et après la mort*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de Grégoire Loiseau, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, 2016, 780 p.

Marie-Xavière CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, 2018, 750 p.

Olivier CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Stéphane Rials, Paris II, 1992, 1112 p.

Maxence CHRISTELLE, *Consentement et subjectivité juridique : contribution à une théorie émotivo-rationnelle du droit*, 2014, consultable sur HAL, 959 p.

Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, Bibliothèque de droit public tome 210, 2000, 614 p.

Victor DESCHAMPS, *Le fondement de la filiation : étude sur la cohérence du Titre VII du Livre premier du Code civil*, thèse sous la direction de Dominique Fenouillet, LGDJ 2019, Bibliothèque de droit privé, 844 p.

Mathieu DOAT, *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 2003, 311 p.

Étienne DUBUISSON, *La numérotation des personnes physiques*, thèse non publiée, Paris II, 1992, 388 p.

Scarlett-May FERRIÉ, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, IRJS Éditions, Bibliothèque IRJS André Tunc, 2018, 570 p.

Audrey FRANÇOIS-DUTON, *Le traitement de la situation de handicap, moteur de transformation du droit public*, juin 2020, Montpellier, thèse de doctorat, sous la direction de Catherine Ribot.

Vanessa GITTARD, *Protection de la personne et catégories juridiques. Vers un nouveau concept de vulnérabilité*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de François Terré, Paris 2, 2005, 580 p.

Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse de doctorat sciences juridiques, Université de Bourgogne, ed. Rousseau, 1912, 470 p.

Camille GRAND, *L'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes célibataires*, sous la direction de Yann Favier, Université Jean Monnet, 2018, consultable sur HAL, 110 p.

René GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, Thèse de doctorat en droit, Sirey, 1911, 140 p.

Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, thèse de doctorat en droit privé, (préf.) François Terré, LGDJ, 2000, Bibliothèque de droit privé, t.327, 520 p.

Cyril HAZIF-THOMAS, *La liberté de choix des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques*, thèse de doctorat en droit public, Rennes I, LEH Édition, Thèses, 2016, 506 p.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2004, 448 p.

Eleanna KARVOUNI, *L'ordre dogmatique chez Pierre Legendre : droit, psychanalyse, histoire*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Éric Desmons, Paris XIII, 2014.

Xavier LABBÉE, *Condition juridique du corps humain, avant la naissance et après la mort*, thèse de doctorat en droit, Lille 3, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, 447 p.

Mickaël LAVAINÉ, *L'acte juridictionnel en droit administratif français, étude des discours sur la justice administrative* », Mare & Martin, Bibliothèque des thèses, Droit public, 2018, 822 p.

Yves-Henri LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Larcier, 2015, 216 p.

Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU (dir.), *Personnes et familles du XXIème siècle, Les interrogations soulevées par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice*, Actes du colloque du 30 juin 2017, Le droit en mouvement, Centre de Recherche et d'Analyse Juridique, Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, 2018, 131 p.

Anne-Marie LEROYER, *Les fictions juridiques*, Université Panthéon Assas, Atelier national de reproduction des thèses, 1996.

Florian LINDITCH, *La personnalité morale en droit administratif public*, thèse, Jean-Arnaud Mazères (préf.), LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1997, 336 p.

Emmanuelle LAGARDE, *Le principe d'autonomie personnelle. Étude sur la disposition corporelle en droit européen*, thèse de doctorat en droit privé, université de Pau et des Pays de l'Adour, 2012, 369 p.

Dominique LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1993, 574 p.

Julien LARREGUE, *Décoder la génétique du crime : développement, structure et enjeu de la criminologie bio-sociale aux Etats-Unis*, Soutenue à l'université d'Aix-Marseille en juin 2017, accessible sur HAL

Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005, 470 p.

Julie MATTIUSI, *L'apparence de la personne physique : pour la reconnaissance d'une liberté*, Les Études Hospitalières, 2018, 445 p.

Evelyne MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé*, thèse de doctorat sous la direction Jacqueline Amiel-Donat, Presses universitaires de Perpignan, 1997, 519 p.

Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire de Master II, sous la direction de Dominique Fenouillet, Université Paris II - Panthéon-Assas, Banque de mémoires, <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/10dd4242-a25c-462b-8283-cb99a843f1d2>, 2010.

Berthe MOUSSA, *Le rôle de la volonté en droit pénal*, thèse de doctorat en droit, sous la direction de Géraldine Danjaume, Paris 8, 2010, 492 p.

Pierre MURAT, *L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de la famille*, Thèse de doctorat, Atelier national reproduction thèses Université Lille 3, 1991, 442 p.

Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, thèse de doctorat en droit privé, Grenoble 2, LGDJ, 2002, 736 p.

Stéphanie PORCHY, *Volonté du malade et responsabilité du médecin*, thèse de doctorat, sous la direction d'Yvonne Lambert-Faivre, Lyon 3, 1994, 694 p.

Stéphane PRIEUR, *La Disposition par l'individu de son corps*, Bordeaux, Les Études hospitalières, Thèses, 2000, 452 p.

Véronique RACHET DARFEUILLE, *L'état mental de la personne : étude juridique*, thèse de doctorat en droit privé, sous la direction de Catherine Labrusse-Riou, Paris I, 2001, 423 p.

Anne-Sophie RANAIVO, *Sans domicile fixe et droit*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2020, 546 p.

Nathalie RAYÉ, *L'appréhension de la dignité humaine par le droit pénal*, thèse de doctorat en droit pénal, sous la direction de Roger Bernardini, Nice, 2008, 470 p.

Mathieu REYNIER, *L'ambivalence juridique de l'humain, Entre sacralité et disponibilité*, thèse de doctorat en droit privé, Montpellier 1, Bordeaux, Les Études Hospitalières, coll. Thèses, 2011, 297 p.

Delphine TISSIER, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, 2013, 500 p.

E. RAPPORTS, AVIS

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 8 de la Convention – Droit au respect de la vie privée et familiale*, 2019, 137 p.

Benjamin MORON-PUECH, *Accès des personnes transgenres à l'autoconservation des gamètes*, Rapport remis à l'occasion des États généraux de la bioéthique, 31 janvier 2018.

CCNE, *Questions éthiques posées par l'obligation de tests génétiques pour les concurrentes des jeux d'Albertville*, avis n° 30, 27 janvier 1992, 2 p.

Commissaire aux droits de l'homme, Silvan AGIUS, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Conseil de l'Europe, Strasbourg, juin 2015, 66 p.

Commissaire aux droits de l'Homme, Thomas HAMMARBERG, *Droits de l'Homme et identité de genre*, Bureau du Commissaire aux droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, octobre 2009, 44 p.

Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, *Avis relatif au harcèlement sexiste et aux violences sexuelles dans les transports en commun*, avril 2015.

Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, 4 mai 2015, A/HRC/29/23.

Laurence HÉRAULT (dir.), *État civil de demain et transidentité*, Rapport final, Mission de recherche Droit & Justice, mai 2018, 279 p.

Marcella IACUB, *De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins : bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut pour le corps humain*, rapport M.I.R.E. 1994/1995.

Jean-René LECERF, *Identité intelligente et respect des libertés*, rapport du Sénat, 29 juin 2005.

Secrétaire général de l'ONU, *Étude approfondie sur toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, 2006, A/61/122/Add. 1.

F. ARTICLES

Jacques AMAR, « Cruauté : quand la sensibilité fait le droit », in Michel Gad Wolkowicz (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, pp. 583-601.

Paul AMSELEK, « L'étonnement devant le droit », in *Sur les notions du contrat*, Dalloz, Archives de Philosophie du Droit, tome XIII, 1968, pp. 163-183.

Paul AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 33-66,

Paul AMSELEK, « Norme et loi », in *La loi, APD*, vol 25, Sirey, 1980, pp. 80-108.

Paul AMSELEK, « Zôon poiêtikon ou le myosotis de l'univers », *Revue de la Recherche Juridique*, 1997-2, pp. 377-385, et *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1997-4, pp. 497-509.

Michaël BARDIN, « L'identité numérique et le droit : esquisse d'une conciliation difficile », *Hermès*, 2018, n°80, pp. 283-291.

Annick BATTEUR, « De la protection du corps à la protection de l'être humain – les « anormaux » et les lois du 29 juillet 1994 », *Les Petites Affiches*, 14 décembre 1994, n° 149, pp. 29-33.

Annick BATTEUR, « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD Civ.* 2000, pp. 759-780.

Annick BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Les Petites Affiches*, 19 juin 2007, n°122, pp. 6-15.

Annick BATTEUR, « Le consentement sur le corps en matière médicale », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, Droit et Justice, 2009, pp. 45-69.

Jean-Pierre BAUD, « La nature juridique du sang », in *Analyses du sang*, Terrain, n° 56, 2011, pp. 90-105.

Denys de BÉCHILLON, « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », in *L'interprétation constitutionnelle*, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 27-32.

Denys de BÉCHILLON, « L'argument dit psychanalytique dans la controverse juridique », colloque Droit et psychanalyse, Sciences Po Paris, juin 2013.

Denys de BÉCHILLON, « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.* 1995, n° 4, p. 835.

Denys de BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD Civ.* mars 2002, pp. 47-69.

Denys de BÉCHILLON, « Retour sur la nature. Critique d'une idée classique du droit naturel », in Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove (dir.), *Images et Usages de la*

nature en droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 563-587.

Denys de BÉCHILLON, « *Sur la diversité des méthodes et manières de juger. Propos introductifs* », conférence prononcée dans la Grande Chambre de la Cour de cassation le 29 novembre 2004.

Denys de BÉCHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », Dalloz, *Revue française de droit administratif*, n° 3, mai-juin 2010, p. 467.

Marie-Claire BELLEAU, « Les théories féministes : droits et différence sexuelle », *RTDCiv* 2001, pp. 1-28

Florence BELLIVIER, « Réflexions au sujet de la nature et de l'artifice dans les lois de bioéthique », *Les Petites Affiches*, 18 février 2005, n° 35, p.10.

Florence BELLIVIER, Laurence BRUNET, Catherine LABRUSSE-RIOU, « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », en hommage à Marie-Thérèse Meulders-Klein, *RTD Civ.*, n° 3, 1999/07-09, pp. 529-559.

Florence BELLIVIER, Pierre EGÉA, « L'être humain sans qualité », in *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 6 août 2004*, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), LGDJ, Droit et société, 2006, p. 121.

Florence BELLIVIER, Judith ROCHFELD, Commentaire de la « Loi n° 2002- du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *RTD Civ.* 2002/3, pp. 574-591.

Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit communautaire dévoyé : le cas Blood », *JCP*, 2000, I, n° 206, pp. 289-293.

Kévin BIHANNIC, « Admettre un droit à changer d'âge ? », *RDLF* 2018, chron. n° 27, <http://www.revuedlf.com/personnes-famille/admettre-un-droit-a-changer-dage/>.

Jean-Jacques BIENVENUE, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits n° 28 – La volonté*, PUF, 1999, pp. 3-16.

Jean-René BINET, « La gratuité des éléments et produits du corps humain », in Nathalie Martial-Braz et Célia Zolinski (dir.), *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, pp. 263-274.

Xavier BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil Constitutionnel », *RFDC*, n° 65, janvier 2006, pp. 73-95.

Daniel BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, Université de Savoie, 2011, pp. 263- 288.

Daniel BORRILLO, « Mettons fin à la catégorie du sexe », in *Libération*, 21 octobre 2015.

Daniel BORRILLO, « La mention du sexe à l'état civil : de l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », in *Colloque international « De l'hermaphrodisme à l'intersexuation »*, Université Paris Diderot 24/06/2017.

Daniel BORRILLO, « Le jacobinisme bioéthique, mettons fin à une exception française », *Génération libre*, novembre 2020, 20 p.

Claire BOUGLÉ-LE ROUX, « Vox infans », *LexisNexis, Droit de la famille n° 3, mars 2016*, dossier 7, pp. 12-15.

Stéphane BRETON, « La personne juridique, le sujet du désir et la norme sociale », *Esprit*, n° 285, juin 2002, pp. 29-54.

Claire BRISSET, « Quand médecins et philosophes ouvrent la voie aux juristes », *LexisNexis, Droit de la famille n° 3, mars 2016*, dossier 9, pp. 34-37.

Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge », *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 10-18.

Philippe BRUN, « Causalité juridique et causalité scientifique », *Revue Lamy droit civil*, 2007, suppl. au n° 40, p. 15.

Pierre BRUNET, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, Pedone, 2011/2, pp. 311-327.

Pierre BRUNET, « Le droit est-il dans la tête ? », *Jus Politicum*, n° 8, juillet 2012, pp. 1-25.

Jacques CAILLOSSE, « À propos de Daniel MOCKLE, La gouvernance, le droit et l'État » ; *Revue Droit et Société*, n°72, n° 2, 2009, pp. 457-495.

Jacques CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, Juris lector : anti-juridisme et science du droit » ; *Droit et société*, n° 56-57, 2004, pp. 17-37.

Anne-Blandine CAIRE, « Le corps gratuit. Réflexions sur le principe de gratuité en matière d'utilisation d'éléments et de produits du corps humain », *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, pp. 865-878.

Vincent CALAIS, « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? » ; *La revue lacanienne*, Ères, 2007/4, pp. 133-140.

Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS, « L'imagination du juge » ; in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet : la procédure dans tous ses états*, Collectif, Montchrestien, Les Petites Affiches, 2004, pp. 131 et s.

Jean CARBONNIER, « De peu, de tout et de rien », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 47-54.

Jean CARBONNIER, « Études de psychologie juridique », *Annales de l'université de Poitiers*, t. II, 1949, pp. 29-46, - Extraits, *LexisNexis, La semaine juridique, 14 décembre 2015, n° 51*, p. 2360.

Jean CARBONNIER, « Préface », in *À Jacques Massip, Les majeurs protégés*, tome 1, Régime juridique, Répertoire du notariat Defrénois, 1994, 458 p.

Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, LGDJ, 1950, t. 1, pp. 325-345, reprod. in *Écrits*, Jean CARBONNIER, PUF, 2008, pp. 202-221.

Jean-Simon CAYLA, « La protection des malades mentaux », *RDSS*, vol. 26, n° 4, 1990, pp. 618-629.

Olivier CAYLA, « Biologie, personne et droit », *Droits* n° 13, PUF, 1991, pp. 3-122.

Olivier CAYLA, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits* n° 18, PUF, 1993, pp. 3-18.

Olivier CAYLA, « Ouverture : le jeu de la fiction, entre comme si et comme ça », *Droits, La fiction*, n° 21, PUF, 1995, pp. 3-15.

Olivier CAYLA, « Le coup de l'État de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, pp. 108-133.

Olivier CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7, décembre 1999, pp. 77-86

Olivier CAYLA, « Une chose et son contraire (et son contraire etc...), *Les études philosophiques*, n°3, 1999, pp. 291-310

Olivier CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », in *Le Monde*, 30 janvier 2003.

Amandine CAYOL, « Avant la naissance et après la mort : l'être humain, une chose digne de respect », *CRDF*, n° 9, 2011, pp. 117-126.

Marie-Xavière CATTO, « Des éléments du corps humain disponibles pour l'industrie pharmaceutique ? », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 55-64.

David S. CAUDILL, « Freud and Critical legal studies: Contours of a radical Socio-Legal Psychoanalysis », *Indiana Law Journal*, vol. 66, 1991.

David S. CAUDILL, *Lacan and the Subject of Law, Toward a Psychoanalytical Critical Legal Theory*, Humanities Press, New Jersey, 1997, 200 p.

Hilary CHARLESWORTH, « Que sont les « droits des femmes » en droit international ? » ; *in Sexe, genre et droit international*, Pedone, Doctrines, 2013, pp. 116-122.

Jean-Pascal CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *APD*, n° 45, 2001, pp. 202-231.

Sergio COTTA, « La question de la vérité du jugement » ; *in L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1997, pp. 37-46.

Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP* 1990, p. 1653.

Jacques CHEVALLIER, « Présentation », *in Désordres*, PUF, 1997, pp. 7-8.

Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du Droit public*, n° 3, 1998, pp. 659-690.

Gérard CORNU, « Compréhension ou incompréhension du droit ? Sombre verdict », *in Kent LERCH (dir), Die Sprache des Rechts*, Berlin, De Gruyter, 2004, 466 p.

Marie CORNU, « Le corps humain au musée, de la personne à la chose ? », *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 1907-1914.

Isabelle CORPART, « La famille aujourd'hui, entre tradition et modernité », *Recherches familiales*, vol. 15, no. 1, 2018, pp. 163-165.

Mathias COUTURIER, « La psychanalyse face au droit : réflexions sur le statut juridique de l'analyse freudienne au regard de l'article 52 de la loi du 9 août 2004 », *RDSS*, n° 4, 2008, pp. 673-689.

Claire CRIGNON-DE OLIVIERA, Marie GAILLE-NIKODIMOV, « C'est mon corps ! », *in À qui appartient le corps humain ? Médecine, politique et droit*, Les belles lettres (Médecines & Sciences humaines), 2004, pp. 11-36.

Michelle CUMYN, et Mélanie SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. volume 71, n° 2, 2013, pp. 1-42.

Maryse DEGUERGUE, « Droits des malades et qualité du système de santé », *AJDA*, n° 6, 2002, pp. 508-516.

Maryse DEGUERGUE, « L'obligation de mener une vie saine », *Revue générale de droit médical*, n° 11, 2003, pp. 13-23.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit de la famille en quête de sens », *Revue Projet*, vol. 322, no. 3, 2011, pp. 33-40.

Pierre-Jérôme DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité morale - À propos de Crim. 21 janvier 2009 », *RSC*, 2007, p. 797.

Laurence DUMOULIN, « L'expertise dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et société*, 2000, pp. 199-223.

Jean-Marie DENQUIN, « Remarques sur la théorie réaliste de l'interprétation », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2004, n° 7, pp. 179-209.

Valérie DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *Recueil Dalloz*, n° 36, 2011, pp. 2494-2500.

Vincent DESCOMBES, Georges VIGARELLO, « Peut-on séparer le corps de la personne ? », in *Le corps humain saisi par la justice*, Justices, 2001, HS n° 20, pp. 2-13.

Vincent DESCOMBES, « Philosophie de l'identité », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, pp. 21-34.

Richard DESGORCES, « Agir contre soi », *Revue de Recherche juridique Droit prospectif*, n°1, 2003, p. 37-46.

François DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? in *JCP A*, n°48, 29 novembre 2355

Xavier DIJON, « Une lecture des itinéraires spirituels du droit », in *Mélanges François. Rigaux*, Bruylant, 1993, pp.167-185.

Mathieu DOAT, « Le jugement comme un récit », in *L'office du juge*, Colloque des 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du sénat, pp. 396-413.

Mathieu DOAT, « L'ordre du discours doctrinal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, LexisNexis, juin 2009, pp. 275-290.

Mathieu DOAT, « Fictions juridiques et idéologies », in *Les fictions en droit, Les artifices du droit : les fictions*, actes du colloque de l'École de Droit / Université d'Auvergne du 20 mai 2014, LGDJ, Centre Michel de l'Hospital (Presses Universitaires de Clermont), n° 9, 2015, 194 p.

Mathieu DOAT, « Durée et droit chez Maurice Hauriou », in *La pensée du Doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?* Julia SCHMITZ, Christophe ALONSO, Arnaud DURANTHON (dir.), PUAM, 2015, pp. 515-428.

Mathieu DOAT, « Refoulement et fondations institutionnelles : le crime caché », in Jacobo Rios et Claire Picod (dir.), *Pulsions criminelles : Entre réalité et fictions*, Mare et Martin, Droit privé et science criminelle, 2019, pp. 147-156.

Mathieu DOAT, « Réformer l'administration : remarques pragmatiques sur l'application des textes juridiques », in Geneviève Koubi, Wafa Tamzini (dir.), *Discours administratifs, droit(s) et transformations sociales*, IRJS Éditions, Les voies du droit, pp. 129-146.

Annick DORSNER-DOLIVET, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *Revue Française de Droit Administratif*, 2003, p. 528 et s.

Raphaël DRAÏ, « Constitution juridique et violence sociale. Le lévite d'Éphraïm de Jean-Jacques Rousseau », in *Les usages sociaux du droit*, centre universitaire de Recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1989, pp. 169-186.

Raphaël DRAÏ, « De la banalisation des objets de scandale. Variations sur la notion variable de bonnes mœurs », in *Science administrative, éthique et gouvernance*, Librairie de l'Université – PUAM, 2002, 415 p.

Raphaël DRAÏ, « Droit et psychanalyse », Denis Alland et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, Quadrige, 2003, pp. 481-484.

Frédérique DREYFUSS-NETTER, « Les donneurs vivants ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité », *Recueil Dalloz*, n° 27, 2005, pp. 1808-1813.

François-Régis DUPOND MUZART, « Mais où est donc la psychanalyse ... en droit ? Mais où est donc le droit ... pour les psychanalystes ? Suivi de lecture juridique de l'article 52 », Colloque de l'école lacanienne de psychanalyse, 24 et 25 juin 2006, Maison de l'Europe.

Bernard EDELMAN, « La Cour européenne des Droits de l'Homme : une juridiction tyrannique ? », *Recueil Dalloz*, n° 28, 2008, p. 1946.

Bernard EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz*, 1997, p. 509.

Samuel ETOA, « Corps humain et liberté », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 19-26.

Roger ERRERA, « Rapport sur le respect comme catégorie juridique » ; in Catherine AUDARD, *Le respect : De l'estime à la déférence : une question de limite*, Autrement, Nos valeurs, 2009, 217 p.

François EWALD, « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », *Droits*, PUF, 1986, pp. 137-142.

Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, n° 1, 2007, pp. 1-30.

Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle (Indisponibilité du corps humain et justice sociale) », *Recueil Dalloz*, 2008, chronique, pp. 31-39.

Muriel FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTDCiv*, 1996, p. 85 et s.

Muriel FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme » (CEDH, 1^{ère} sect., 17 février 2005, KA et AD c/Belgique), *Recueil Dalloz*, 2005, Chron., pp. 2973-2981.

Muriel FABRE-MAGNAN, « Le statut juridique de la dignité », *Droits*, n°58, PUF, 2014, p. 167 et s.

Gérard FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche », *RTDCiv.*, n° 2, 2002, pp. 221-245.

Yann FAVIER, « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales*, 2010/1, n°7, pp.17-28.

Yann FAVIER, « Cas singulier du transsexualisme », *Répertoire de Droit civil*, Dalloz, § 2, mis à jour en septembre 2020.

Jean-Philippe FELDMAN, « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *Recueil Dalloz*, 2010, p.387

Dominique FENOUILLET, « Respect et protection du corps humain. Protection de la personne » *Jurisclasseur civil*, fasc. 10, n° 50.

Jacques FIERENS, « Critique de l'idée de propriété du corps humain ou Le miroir de l'infâme belle-mère de Blanche Neige », *RIEJ* 2000, n° 44, p. 1567.

Anne-Marie FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTDCiv*, 3, Juillet-septembre 1995, pp. 573-578.

Hugues FULCHIRON, « Ne répudiez point ... » : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58 n°1, 2006, pp. 7-26.

Hugues FULCHIRON, « Mais songez-y mon père ... », *Droit de la famille*, n°12, décembre 2017, comm. 240.

Hugues FULCHIRON, « Pour un aggiornamento des règles applicables aux “nouvelles“ familles », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1083.

Peter GABEL, « Critical Legal Studies et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme interventions culturelles », *Droit et société, On Side of a Dialogue. Exemples actuels de Socio-Legal Studies au Royaume-Uni*, n°36-37, 1997, pp. 379-400.

Jean-Christophe GALLOUX, « La protection juridique de la matière biologique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, avril-juin 1998, pp. 491-512.

Antoine GARAPON, « Le procès, un rituel obsessionnel », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, juin 2013.

Hélène GAUMONT-PRAT, « Les tribulations en France de la directive du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques », *Rec. Dalloz*, 2001, chronique, p. 2882.

Quentin GIRARD, « Manuel Wackenheim, cloué au sol », *Interview Libération*, 30 janvier 2014.

Michelle GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTDCiv.*, 1992, p. 489.

Adeline GOUTTENOIRE, « La reconnaissance partielle de la filiation de l'enfant né de GPA confirmée ... », *JCP*, 2017, p. 1333.

Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, « Le droit à l'identité dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'institut de droit européen des droits de l'homme dans le cadre de la Journée nationale d'études de la Commission pour l'étude des Communautés européennes, Faculté de droit, Université de Montpellier, Bruxelles, *Bruylant, Droit et justice*, 2005.

Jean-Pierre GRIDEL, « La sénescence mentale et le droit », *Gazette du Palais*, 21 et 22 mars 2001, pp. 408-415.

Sophie GROSBON, Observations finales du CODESC sur le 4ème rapport périodique de la France : Morceaux choisis, *La revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 2016, 7 p.

Christophe GRZEGORCZYK, « Le sujet de droit : trois hypostases », in *Le sujet de droit*, n° 34, Sirey, Archives de Philosophie de Droit, 1989, pp. 9-24.

Herbert Lionel Adolphus HART, « La démystification du droit », trad. fr. Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove (dir.), in Philippe Gérard, François Ost, Michel Van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint Louis, Travaux et recherches, vol. 10, 1987, pp. 89-118.

Maurice HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation » (1925) in *Aux sources du droit*, réédité par le Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1990, pp. 98-128.

Maurice HAURIOU, « Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, E. Thorin et Fils, 1893, tome XVII, réimprimé par Gallica-BNF, pp. 289-295.

Jean HAUSER, « Changement de sexe : la possession d'état du sexe opposé », *RTDCiv.*, 2017 pp. 92-93.

Jean HAUSER, « La disparité et les salaires : Lyon/Paris, 0 à 1 ! », *RTDCiv.*, 2011, p. 521 et s.

Jean HAUSER, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *Les Petites Affiches*, n° 243, 5 décembre 2002, p. 19 et s.

Jean HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux », *RTDCiv*, 2017, p. 350.

Jean HAUSER, « Un sexe que je veux et quand je veux ... mais un sexe quand même, selon la loi », *RTDCiv*, 2017, pp. 607-608.

Pierre HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome II, Droit comparé. Théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 418-476.

Pierre HÉBRAUD, « La notion de temps dans l'œuvre du doyen Maurice Hauriou », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Pedone, 1969, pp. 179-207.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Corpus Iuris. Jusnaturalisme et réinventions du corps par le droit (1970-2007) », in *La tentation du corps - corporéité et sciences sociales*, Dominique Memmi, Dominique Guillo et Olivier Martin (dir.), Éditions de l'EHESS, 2009, pp. 199-219.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *Jurisclasseur Libertés*, F. Picod, P. Wachsmann, fasc. 520, 1^{er} mai 2011.

Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Dalloz*, 2009, p. 238 et s.

Xavier HENRY, « Psychanalyse, inconscient et Droit privé », *LexisNexis, La semaine juridique*, 14 décembre 2015, n° 51, p. 2367.

Nicolas HERVIEU, « Droit au respect de la vie privée (Art. 8 CEDH) : L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 septembre 2012, <https://revdh.wordpress.com/2012/09/29/accouchement-anonyme-droit-a-connaissance-des-origines/>

Merryl HERVIEU, « Le corps humain : à l'heure de la libéralisation ? », *Petites Affiches*, n° 170, 26/08/2011, pp. 3-8.

Jérémy HOUSIER, « L'affaire Mennesson ou la victoire du fait sur le droit », *AJ Famille*, 2019, p. 592.

Marcela IACUB, « La domination sexuelle des femmes », *Savoirs et clinique*, Éres, 2017/01, n° 22, pp. 34-43.

Marcela IACUB, « L'inconvénient d'être né de personne », *Raisons politiques*, 2003, n° 12, pp. 55-76.

Marcela IACUB, « La manipulation mentale », http://www.concertation.net/site/wp-content/uploads/articles/Manipulation_mentale.pdf

Andrée JACK, « Les conventions relatives à la personne physique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1933, p. 365.

Philippe JESTAZ, « “Doctrines” vs sociologie. Le refus des juristes », *Droit et société*, vol. 92, n° 1, 2016, pp. 139-157.

Emmanuel JEULAND, « Le juge et l’émotion », *Liber amirocum en l’honneur de Pierre Rodière, Droit social international et européen en mouvement*, LGDJ, 2019, 520 p.

Emmanuel JEULAND, « Le lien juridico-symbolique, contribution à une nouvelle articulation entre le droit et la psychanalyse », in Michel Gad Wolkowicz (dir.), *États du Symbolique*, In Press, 2014, pp. 395-426.

Benoît JORION, « La dignité humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif », *RDP*, 1999, pp. 197-233.

Hans KELSEN, « La notion d’État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », *Hermès, La revue*, 1988/2 (n°2), CNRS Éditions, Masses et politique, pp. 134-165.

Hans KELSEN, « Normes et propositions en théorie du droit », *Droits*, 1991-13, p.139.

Guillaume KESSLER, « La distinction du parent et du géniteur : propositions pour une nouvelle approche de la filiation », *RTDCiv*, 2019, p. 519.

Guillaume KESSLER, « Filiation et transidentité : la frilosité de la Cour de cassation », n° 18-50.080, *AJ Famille*, 2020, p. 534.

Xavier LABBÉE, « Le corps humain connecté », *Gaz. Pal.*, 6 mars 2018, n° 313b3, p. 15.

Xavier LABBÉE, « Le sujet de droits, sujet connecté », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 2017, n°305g6, p. 14.

Xavier LABBÉE, « L’homme qui a accouché d’un enfant », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 1085.

Catherine LABRUSSE-RIOU, « La maîtrise du vivant : matière à procès », *Pouvoirs*, n° 56, janvier 1991, pp. 87-107.

Catherine LABRUSSE-RIOU, « L’enjeu des qualifications, la survie juridique de la personne », *Droits, revue de théorie juridique*, n°13, *Biologie, personne et droit*, PUF, 1991, pp. 19-30.

Catherine LABRUSSE-RIOU, « Sciences de la vie et légitimité », in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, pp. 283-303.

Marie LAMARCHE, « Respecter l’identité de genre des personnes transgenres dans toutes ses dimensions », *Droit de la famille, Alertes*, n° 9, Septembre 2020.

Jean-Manuel LARRALDE, « Le corps des personnes détenues : de l'objet de punition au respect de la personne », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 97-106.

Jean-Manuel LARRALDE, « Vie privée et pratiques sadomasochistes », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 97-101.

Valérie LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », *Dalloz actualité*, 2010, p. 907.

Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits*, PUF, 2009/1, n° 49, pp. 57-82.

Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Infans conceptus. Existence physique et existence juridique », in *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden-Boston, Brill, 2008, pp. 53-86.

Pierre LEGENDRE, « Nous assistons à une escalade de l'obscurantisme », entretien donné au *Monde*, Propos recueillis par Antoine Spire, 22 octobre 2001, p. 21.

Pierre LEGENDRE, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD Civ.*, 1990, p. 639 et s.

Pierre LEGENDRE, interviewé par Annie COLLOVALD et François BASTIEN, « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec Pierre Legendre », *Politix*, Le pouvoir des légistes, vol. 8, n°32, 1995. pp. 23-26.

Bertrand LEMENNICIER, « Éthique biomédicale et droit de propriété sur le corps humain », in *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 27-44.

Bertrand LEMENNICIER, « Le corps humain, propriété de l'État, ou propriété de soi ? », *Droits*, n°13, 1991, pp. 111-121.

Yves LEQUETTE, « Observations sur le "nominalisme législatif" en matière de filiation », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ-Lextenso éditions, 2008, p. 647 et s.

Anne-Marie LEROYER, « Majeurs - Protection juridique, Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs », *RTDCiv.* 2007, p. 394 et s.

Michel LEVINET, Muriel FABRE-MAGNAN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD et Françoise TULKENS « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, n° 48(2), PUF, 2009, pp. 3-58.

Michel LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du lancer de bains devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, pp. 1017-1042.

Michel LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n° 49, PUF, 2009, pp. 3-17.

Michel LEVINET, « Le principe de libre disposition de son corps dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 71-110.

Marie-Angèle LHERMITTE, « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété », in *Le Monde diplomatique*, décembre 1988, pp. 20-21.

Rémy LIBCHABER, « Les incertitudes du sexe », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 20.

Marie-Angèle HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », *APD*, tome 33, 1988, pp. 323-346.

Marie-Angèle LHERMITTE, « L'embryon aléatoire » ; in Jacques TESTARD (dir.), *Le magasin des enfants*, Folio Actuel, Gallimard, 1990, pp. 327-367.

Claude LIENHARD, « La reconnaissance et la réparation des préjudices causés par les syndromes psycho-traumatiques », *Gazette du Palais*, 13 juillet 2006, n° 194, p. 14 et s.

Danièle LOCHAK, « Dualité de sexes et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, université de Montréal, 2008, p. 15 et s.

Danièle LOCHAK, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, PUF CURAPP, 1983, pp. 51-77.

Danièle LOCHAK, « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, n° 84, 1998, pp. 15-30.

Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1994, pp. 39-40.

Danièle LOCHAK, « Normalité », in André Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Droit et société, 2^{ème} éd., 1993, pp. 392-396.

Grégoire LOISEAU, « La contractualisation des droits de la personnalité », *JCP*, 2012, (Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2011, n° 10-24.761, FS P+B+I), note 71.

Grégoire LOISEAU, « Pour un droit des choses », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 3015.

Thierry MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp.19-43.

Florence MAILLOCHON, « Violences dans l'espace public », in Sylvette Denèfle (dir.), *Femmes et villes*, Presses Universitaires François-Rabelais, 2004, pp. 207-224.

Astrid MARAIS, « Sexe, mensonge et quiproquo. À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *La semaine juridique*, n° 48, 25 novembre 2019.

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits, revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n°49, 2009, pp. 19-27.

Rainer MARIA KIESOW, « À mort papa ! », *Grief, Revue sur les mondes du droit*, Dalloz, EHESS, n°6/1, 2019, pp. 11-12.

Raymond MARTIN, « Personne, corps et volonté », *Recueil Dalloz Sirey*, n° 33, 2000, p. 505.

Arlette MARTIN-CERF, « Du domicile à la résidence », *RTD civ*, 1978, p. 535.

Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le mariage peut-il “survivre” au transsexualisme d'un époux ? », Dalloz, 2002, p. 124.

Laurence MAUGER-VIELPEAU, « Le transsexualisme et le Code civil », *Dr. Famille*, sept. 2005, n°31, pp. 13-14.

Denis MAZEAUD, « Pas de troisième sexe à la cour ! », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 14, avril 2016, p. 657.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « Préface » à la thèse de Florian Linditch, *La personnalité morale en droit administratif public*, thèse de doctorat en droit public, sous la direction de Jean-Arnaud Mazères, Toulouse 1, LGDJ, Thèses, 1997, pp. XI-XXVII.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « La théorie de l'institution chez Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Mélanges en l'honneur de Jacques Mourgeon*, Bruylant 1998, pp. 239-293.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « Hauriou ou le regard oblique » in *Mélanges en l'honneur de Lucien Sfez, Politique, communication et technologies*, PUF 2006, 438 p.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « Introduction générale », in Mathieu DOAT, Gilles DARCY (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruylant, Penser le droit, 2011, p. 2.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « L'UN et le comm(un) », in *Mélanges en l'honneur du professeur Christian Laval*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2020, pp. 501-525.

Jean-Arnaud MAZÈRES, « Qu'est-ce que l'identité », in Mathieu DOAT et Jacobo RIOS (dir.), *L'identité en droit*, Mare Martin, à paraître en 2021.

Gérard MÉMETEAU, « Le premier avis du Comité consultatif national d'éthique (prélèvements sur embryons et fœtus) », *JCP* 1985, I, p. 3191.

Françoise MICHAUT, « L'approche du droit chez Kelsen et Cover », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 705-723.

Françoise MICHAUT, « Le processus générateur de normes chez Robert Cover et son utilisation par Frank I. Michelman : de la description à la fiction », *Raisons politiques*, vol. 27, N°3, 2007, pp. 59-69.

Benjamin MORON-PUECH, « L'identité sexuée des personnes intersexuées : les difficultés psychologiques d'un changement de paradigme (note sous CA Orléans, ch. Réunion, 22 mars 2016), *Rec. Dalloz*, 2016, pp. 904-905.

Benjamin MORON-PUECH, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF*, 2018, chron. n°26.

Benjamin MORON-PUECH, « Intersexuation et binarité. Un état des lieux du droit français », in *Droits de l'Homme et sexualité*, Éditions des archives contemporaines, 2019, pp. 193-2016.

Benjamin MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir. 1^{ère} partie », *Socio. Combien de sexes ?*, vol. 9, 2018, pp. 215-237.

Benjamin MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir. 2^{ème} partie », *La revue des droits de l'homme*, n°11, (en ligne)

Benjamin MORON-PUECH, « Le rejet du sexe neutre : une mutilation juridique ? », *Dalloz*, 2017, pp. 1404-1408.

Benjamin MORON-PUECH, « L'arrêt A.P. Nicoat et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme. Actualités Droits-Libertés*, mai 2017.

Benjamin MORON-PUECH, « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS*, septembre-Octobre 2021, pp. 827 à 835.

Jacques MOURGEON, « De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques », *Dalloz-Sirey*, 1974, chr. XLIV.

Pierre MURAT, « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS*, 1995, pp. 451- 474.

Pierre MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in Blandine MALLET-BRICOUT, Thierry FAVARIO, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, pp. 51-73.

Pierre MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in Hugues Fulchiron, Jehanne Sosson (dir.), *Parenté, filiation, origine. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 259 et s.

Pierre MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain/personne juridique », *Droit de la Famille*, 1997, n° 9, pp. 4-9.

Claire NEIRINCK, « Le corps humain », in Daniel TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation du débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005, Les travaux de l'IFR, Mutation des Norme, n°5, pp. 117-127.

Claire NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 841.

Jean-François NIORT, « L'embryon et le droit : un statut impossible ? », *Revue de la recherche juridique Droit prospectif*, n° 73, 1998, pp. 459-477.

Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », in *La force normative. Naissance d'un concept*, Catherine Thibierge et alii, LGDJ, Bruylant, 2009, pp. 137-150, citant M. Garcia-Villegas, « L'efficacité symbolique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 34, 1995, pp. 155-179.

Soraya NOUR, « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, vol. 78, no. 2, 2011, pp. 355-368.

Laure ORTIZ, « À propos du genre : une question de droit », *Droit et société*, vol. 80, no. 1, 2012, pp. 225-234.

François OST et Antoine BAILLEUX, « De la guerre des disciplines à celle des paradigmes », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, p. 5 et s.

François OST, « Existe-t-il des passions juridiques ? De Sade au juriste ordinaire, en passant par Shakespeare et Bal », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, juin 2013.

François OST, « Les multiples temps du droit » ; in *Le droit et le futur*, Collectif, PUF, 1985, pp. 115-143.

François OST et Antoine BAILLEUX, « De la guerre des disciplines à celle des paradigmes », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016, p. 5 et s.

François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 105 et s.

Sophie OVERNEY, « "L'expert", coauteur des décisions d'hospitalisation d'office des malades mentaux », *Droit Administratif*, n° 6, janvier 2002, pp. 11-17.

Jeanne PARAIN-VIAL, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du Droit*, Sirey, 1959, p. 131 et s.

Sophie PARICARD, « Vers un droit spécial de la filiation ? », *Dalloz*, Études et commentaires, Chroniques Filiation, 18 janvier 2018, pp. 75-81.

Stanley PAULSON, « Hans Kelsen et les fictions juridiques », *Droits*, PUF, n° 21, 1995, p. 80.

Thierry PECH, « La dignité humaine. Du droit à l'éthique de la relation », *Justices*, Hors-série au *Recueil Dalloz* du 24 mai 2001, pp. 90-112.

Philippe PÉDROT, « Des biotechnologies au transhumanisme : « l'homme artificiel », in *La révision des lois bioéthiques et l'évolution de la conception de la personne humaine*, journée d'étude de l'université de Toulon, les 17 et 18 octobre 2019.

Fabrice PERREAU-BILLARD, « La réforme des tutelles : Les acteurs de la protection : Le majeur à protéger : le mandat de protection future », *Dalloz, Actualité Juridique Famille*, 2007, p. 213.

Valentin PETEV, « Vérité et justification en droit », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 665.

Otto PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2007, n° 86, pp. 89-90.

Otto PFERSMANN, « Fait », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, pp. 695-698.

Otto PFERSMANN, « Identité descriptive et identité prescriptive », in Géraldine AÏDAN, Émilie DEBAETS (dir.), L'Harmattan, Logiques Juridiques, 2013, *L'identité juridique de la personne humaine*, Logiques Juridiques, 2013 pp. 413-418.

Otto PFERSMANN, « Le statut de la volonté dans la définition positive de la norme juridique », *Droits*, PUF, n° 28, 1999, p. 85.

Otto PFERSMANN, « Les modes de la fiction : droit et littérature », in Françoise LAVOCAT (dir.), *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVI-XVIII siècles)*, Rennes, PUR, Interférences, 2004, pp. 53-54.

Otto PFERSMANN, « Pour une typologie modale de classe de validité normative », in Jean-Luc PETIT (dir.), « La querelle des normes – Hommage à Georg Henrik von Wright », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen*, n°27, 1995, pp. 69-113.

Otto PFERSMANN, « Volonté », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 1529.

Catherine PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *Recueil Dalloz* 1996, p. 29.

Étienne PICARD, « Avant-propos (Imagination et rêverie) », in Mathieu Doat et Gilles Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 80-98.

Étienne PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in Gilles Darcy, Véronique Labrot et Mathieu Doat (dir.), *L'office du juge. Colloque des 29 et 30 septembre 2006, Palais du Luxembourg*, Les colloques du Sénat, 2006, pp. 42-147.

Étienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial, *Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ?*, 1998, pp. 6-42.

Étienne PICARD, « Le ou les jusnaturalismes ? », in Dominique ROUSSEAU et Alexandre VIALA (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, LGDJ, Montchrestien, Grands colloques, 2010, pp. 23-41.

Marc PICARD, « Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo) », in *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, pp. 275-280

Marc PICARD, « Filiation : quelle place pour la volonté ? », *Mouvements*, vol. 82, n° 2, 2015, pp. 141-147.

Marc PICARD, « Genre et rapports patrimoniaux entre époux », in Marc PICARD, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, pp. 339-355.

Marc PICARD, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Autorité parentale et stéréotypes de genre : la part du droit », *AJ Famille*, 2014, p. 174.

Marc PICARD, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in Marc PICARD, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, pp. 49-66.

Marc PICARD, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, « L'autorité parentale et la persistance des inégalités de genre », in Marc PICARD, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, Diane ROMAN, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS Éditions, 2014, pp. 485-505.

Xavier PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », in Frédérique COHET-CORDEY, *Vulnérabilité et droit*, Grenoble, PUG, 2000, pp. 119-165.

Xavier PIN, « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », in Collectif, *La liberté de consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des "bonnes mœurs"*, *Droits*, PUF, n° 49, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique, 2009, pp. 83-106.

Christopher POLLMANN, « La liberté individuelle comme phantasme, contrainte et obligation de Performance », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, juin 2013.

Christopher POLLMANN, Hugues RABAULT, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, Éditions juridiques associées, 2002/1, n° 50, pp. 121-153.

Jean PRADEL, « L'expertise psychiatrique », in *L'expertise, Travaux du colloque des IEJ, Angers, 1994*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1995, 143 p.

Michel PRALUS, « Réflexion autour de l'élément moral des délits », *LexisNexis, JCP, Droit pénal*, 2002/4, pp. 4-7.

Catherine PUIGELIER, « Géraldine Aïdan, Le fait psychique, objet des normes juridiques », *RTD Civ.* 2017, p. 518.

Gilles RAOUL-CORMEIL, « Biomédecine et maîtrise du corps humain », in Jean-Manuel Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 117-158.

Marie-Laure RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Sirey, 1985, p. 655.

Muriel REBOURG, « Filiation et autorité parentale à l'épreuve des nouvelles configurations familiales », *Recherches familiales*, 2010/1, p. 29.

Marie-Joëlle REDOR-FICHOT, « Rapport de synthèse », in Jean-Manuel Larralde (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 341-352.

Philippe REIGNÉ, « La cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires », *Dr. Fam.*, sept. 2012, comm. 131, p. 39.

Philippe REIGNÉ, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe », *JCP*, 2016, 1378 *in fine*.

Jean-Pierre RELMY, « Le plan en deux parties et deux sous-parties », in Jean-Pierre Relmy et Benjamin Lévy (dir.), *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, *Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique*, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, pp. 73-81

Jean-François RENUCCI, « L'identité du contractant », *RTD com.* 1993, p. 441 et s.

Thierry REVET, « Le corps humain est-il une chose appropriée ? », *RTDCiv*, 2017, pp. 587-592.

Anne REVILLARD, « Protection humiliante ou source de droits ? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes », *Jurisprudences. Revue Critique*, 2011, p. 217.

Jean RIVERO, « Fictions et présomptions en droit public français », in Chaïm Perelman et Paul Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Université Libre de Bruxelles, 1974, 350 p.

Jean RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *AJDA*, 1966, pp. 154-155.

Diane ROMAN, « À corps défendant, la protection de l'individu contre lui-même », *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 1284-1293.

Diane ROMAN, « Identité de genre, droit et médecine : un débat à bas bruit ? », *Raison publique*, 15 mai 2012, <http://www.raison-publique.fr/article530.html>

Diane ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé*, Recueil Dalloz, 2005, chronique, pp. 1508-1516.

Diane ROMAN, « Travail domestique non rémunéré et droits des femmes : l'apport des droits humains », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 décembre 2013.

Diane ROMAN, « Les stéréotypes de genre : “vieilles lunes“, ou nouvelles perspectives pour le droit », in Régine, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, 2013.

Aurélië ROQUES, Christophe BOURRIER, « L'influence de l'expert psychiatre sur l'intime conviction du juge : une atteinte aux règles du procès équitable ? », *Gazette du Palais*, 15-16 octobre 2003, pp. 2796-2800.

Michel ROSENFELD, « Le droit en psychanalyse et la psychanalyse dans le droit : confrontation ou complément ? », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, juin 2013 (en ligne)

Norbert ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la constitution*, Economica, 1999, pp.145-226.

Frédéric ROUVIÈRE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in Actes du colloque, *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Anne-Blandine Caire (dir.), Clermont-Ferrand, LGDJ, Lextenso, 2015, p. 87.

François-Xavier ROUX-DEMARE, « La notion de vulnérabilité de la personne au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit des jeunes*, vol. 345 - 346, n° 5, 2015, pp. 35-38.

Abigail C. SAGUY, « Les conceptions juridiques du harcèlement en France et aux États-Unis », *Travail, Genre et Sociétés*, n°28, 2012, pp. 89 à 106.

Philippe SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTDCiv.*, 1976, p. 725.

Pascale SALVAGE – GEREST et Janice PEYRÉ, « La France face à la GPA : “cachez ce ventre que je ne saurais voir“ », Recueil Dalloz, 2018, p. 359.

Clarisse SERRE et Charles EVRARD, « Non, le féminicide ne doit pas être pénalement qualifié », *Dalloz.actualité* en ligne, 9 octobre 2020.

Lucien SILANCE, « La personnalité juridique réalité ou fiction ? », in Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, Travaux du Centre national de recherches de logique, Section juridique, Université Libre de Bruxelles, 1974, p. 278-317.

Alain SUPIOT, « La fonction anthropologique du droit », in *Entretien avec Olivier MONGIN, Esprit*, 2, 2001, pp. 151-173.

Iain STEWART, « Droit et clôture. Essai sur la conceptualisation critique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 16, n° 1, 1986, pp. 33-89.

Antoine TADROS, « Le statut du donneur », in COLLECTIF, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, Caen, Presses universitaires de Caen, Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux, 2017, n° 15, pp. 45-53.

Delphine THARAUD, « Identité personnelle et ordre public », *Revue générale du droit on line*, 2020, n° 53638.

Nicolas THIRION, « Des rapports entre droit et vérité selon Foucault : une illustration des interactions entre les pratiques juridiques et leur environnement », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, Séminaire Interdisciplinaire d'Études Juridiques des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2013, p. 180-188.

Yan THOMAS, « Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », PUF, *Droits*, n° 21, 1995, pp. 17-63.

Yan THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature : sur la critique contemporaine du sujet de droit », in *Le Débat*, n° 100, 1998/3, Gallimard, pp. 85-107.

Dominique THOUVENIN, « Droit et médecine, un conflit de normativité », in Dominique LECOURT *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Quadrige, Dicos poche, 2004, pp. 581-589.

Selon Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Le plan est en deux parties... parce que c'est comme ça », *AJDA* 2011, p. 473.

Marie-Dominique TRAPET, « Droit et psychanalyse », in Alain de Mijolla (dir.), *Dictionnaire international de la psychanalyse*, Calmann-Lévy, Psychologie - Psychanalyse - Pédagogie, t. 1, 2002, p. 501.

Agnès TRICOIRE, « La censure en toute légalité », *Hommes & Libertés*, 121, janvier-mars 2002, <https://www.ldh-france.org/La-censure-en-toute-legalite/>.

Michel TROPER, « Normativisme », Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 1074.

Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in Olivier Jouanjan (dir.), *Théories réalistes du droit*, n° 4, Strasbourg, PUS, 2000, pp. 50-68.

Patrick VASSORT, « Corps sportifs et performances. De l'idéologie à la pathologie », in Jean-Manuel LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Nemesis, Bruylant, 2009, pp. 237-258.

José VIDAL, « La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 1099-1112.

Michel VILLEY, « Du volontarisme juridique », in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 271.

Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot « responsable », in *La responsabilité*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1977, pp. 45-58.

Patrick WACHSMANN, « Qualification », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, pp. 1277-1283.

Patrick WACHSMANN, « Sur la clarté de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 809-830.

Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963, pp. 359-372.

Guillaume WICKER, « Fiction », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, Quadrige, Dicos poche, 2003, p. 217.

Geoffrey WILLEMS, « Évolution contemporaine du droit de la famille en Europe », in Jacques Besson (dir.), *Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ?*, Érès, Les dossiers de spirale, 2007, pp. 71-89.

Jerzy WRÓBLEWSKI, « Legal reasoning in legal interpretation », *Logique et Analyse*, n° 12, 1969, pp. 3-31.

Mikhaïl XIFARAS, « Quelques remarques sur les rapports entre le droit et la psychanalyse », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, 28 et 29 juin 2013.

Daniel ZAGURY, « Irresponsabilité pénale du malade mental : le rôle de l'expert », *AJ Pénal*, Dalloz, 2004, p. 311.

Yves-Charles ZARKA, « État de nature et fiction dans la pensée politique moderne », *Droits*, n° 21, PUF, 1995, pp. 105-111.

G. JURISPRUDENCES

TGI Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958.

TGI Paris, 3 juin 1969.

TGI Saint Étienne, 11 juillet 1979.

TGI Saint Étienne, 26 mars, 1980.

TGI Paris, 24 novembre 1981.

TGI Paris, 16 novembre 1982.

TGI Paris, 13 décembre 1983.

TGI Paris, 17 février 1984.

TGI Montpellier, 6 mai 1985.

TGI Lyon, 31 janvier 1986.

TGI Paris, 24 mai 2006.

TGI Montpellier, 3 février 2011.

TGI Tours, 20 août 2015.

TGI d'Évry, 9 octobre 2017.

TGI Caen, 28 mai 2001

CA Paris, 26 mars 1982.

CA Versailles, 22 juin 2000, n° 7799-99.

CA Paris, 27 janvier 2011.

CA Rennes, 16 octobre 2012, n° 11-08743.

CA Orléans, ch. ré., 22 mars 2016, n°15/03281.

CA Caen, 8 juin 2017, n°16/01314.

CA Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059.

CA Bordeaux, 5 septembre 2019, n° 17/00902.

CA Rennes, 18 novembre 2019, n°18/04404.

CA Rennes 25 novembre 2019, n°18/01155, n°18/01497, n°18/01936.

CA Nîmes, 7 juin 2000.

Cass., 14 juin 1858.

Cass., Civ 1^{ère}, 6 avril 1903.

Cass., Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1975, n° 73-10.615.

Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 1988, n° 86-13.698.

Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, n° 87-17111.

Cass., Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, n° 88-12.829, 88-12.163, 88-12.250, 88-15.858.

Cass., Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

Cass., Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900, n° 91-12.373.

Cass., Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-13.563.

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12.806.

Cass., Civ., 18 mai 2005, n°02-201613.

Cass., Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500.

Cass., Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n°09-66.484, 10-19.053, 09-17.130.

Cass., Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 10-26.946.

Cass., Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 106, 11-14.515.

Cass., Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 108, 12.11-949.

Cass. Civ.1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30.138.

Cass., Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50005.

Cass., Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 531, 16-17.189.

Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455, 16-16.495, 16-20.052.

Cass., civ. 1^{ère}, 29 novembre 2017, n° 16-50.061.

Cass., Civ. 2^{ème}, 18 janvier 2018, n° 16-28392.

Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

Cass., Civ. 1^{ère}, 18 décembre 2019, n° 18-11.815, 18-12.327.

Cass., Civ., 18 décembre 2019, n°18-14.751, 18-50.007.

Cass, Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2020, n° 519, 18-50.080, 19-11.251.

TA Paris, 9 décembre 2014, n° 1312514.

TA Montpellier, 22 juillet 2016, n° 150019.

TA Poitiers 23/01/18, n° 1501532.

CAA Paris, 29 septembre 2016, n° 15PA00748.

CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, n°11BX01790.

CE, 14 janvier 1916, *Camino*.

CE, 18 décembre 1959, *Société les films Lutétia*.

CE, Ass, 27 octobre 1995, *Morsang-sur-Orge*.

CE, ord. 16 août 2002, *Feuillatey*.

CE, 18/07/2018, 4^{ème} et 1^{ère} chambre réunie, rec. 418844.

Cons. Const., 19 décembre 1980, n° 80-125 DC.

Cons. Const., 27 juillet 1994, Bioéthique, n° 94-343/344 DC.

Cons. Const. 27 juin 2001, n° 2001-446 DC.

Cons. Const., 29 juillet 2004, n° 2004-498 DC.

Cons. Const., 1^{er} août 2013, n° 2012-674 DC.

Cons. Const., 21 janvier 2016, n° 2015-727 DC.

Cons. Const., QPC 30 juillet 2010, n° 2010-14/22.

Cons. Const, QPC 26 novembre 2010, n° 2010-71.

Cons. Const, QPC 17 décembre 2010, n° 2010-80.

Cons. Const., QPC 25 décembre 2015, n° 2015-485.

Cons. Const., QPC, 2 juin 2017, n° 2017-632.

Cons. Const., QPC 1^{er} février 2019, n° 2018-761.

CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. / Royaume Uni*, n° 5856/72.

CEDH, 10 mars 1981, *X. c. / RFA*, n° 8410/78.

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. / Royaume-Uni*, n° 7525/76.

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. / Royaume-Uni*, n° 9532/81.

CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c. / Irlande*, n° 8225/7.

CEDH, 25 mars 1992, *Van Oosterwijck c. / Belgique*, n° 7654/76.

CEDH, 25 mars 1992, *Botella c. / France*, n° 13343/87.

CEDH, 16 novembre 1992, *Niemietz c. / Allemagne*, n° 13710/88.

CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c. / Chypre*, n° 15070/89.

CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. / Royaume Uni*, n° 21627/93, 21628/93, 21974/93.

CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c. / Royaume Uni*, n° 35765/97.

CEDH, 16 novembre 2000, *Tanribilir c. / Turquie*, n° 21422/93.

CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. / Royaume Uni*, n° 27229/95.

CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c. / Croatie*, n° 53176/99.

CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. / Royaume Uni*, n° 2346/02.

CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. / Royaume Uni*, n° 25680/94.

CEDH, 5 septembre 2002, *Boso c. / Italie*, n° 50490/99.

CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c. / Autriche*, n° 45330/99.

CEDH 12 juin 2003, *Van Kück c. / Allemagne*, n° 35968/97.

CEDH, 13 février 2004, *Odièvre c. / France*, n° 42326/98.

CEDH, 17 février 2005, *K. A. et A. D. c. / Belgique*, n° 42758/98, 45558/99.

CEDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. / Royaume-Uni*, n° 36536/02.

CEDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. / Danemark*, n° 52562/99, 52620/99.

CEDH, 20 mars 2007, *Tysiak c. / Pologne*, n° 22277/93.

CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. / Royaume-Uni*, n° 6339/50.

CEDH, 11 septembre 2007, *Tremblay c. / France*, n° 37194/02.

CEDH, 4 décembre 2007, *Dickson c. / Royaume Uni*, n° 6339/50.

CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. / France*, n° 5608/05.

CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. / Russie*, n° 30078/06.

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. / France*, n°65192/11.

CEDH, 10 mars 2015, *Y. Y. c. / Turquie*, n° 147/93/08.

CEDH, 6 avril 2017, *Garçon et Nicot c. / France*, n° 78985/12.

CEDH, 11 octobre 2018, *S. V. c. / Italie*, n° 55216/08.

II. DOCUMENTS PSYCHANALYTIQUES, PSYCHIATRIQUES, PSYCHOLOGIQUES ET BIOLOGIQUES.

A. OUVRAGES

Nicolas ABRAHAM, Maria TOROK, *L'écorce et le noyau*, Flammarion, Champ essais, 2009, 480 p.

Joyce AÏN (dir.), *Identités*, Érès, 2009, 229 p.

Didier ANZIEU, *L'auto-analyse de Freud et la découverte de la psychanalyse*, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 3^{ème} édition, 1998, 554 p.

Didier ANZIEU, *Le Groupe et l'Inconscient*, Dunod, Psychismes, 1999, 288 p.

Jacques ASCHER, Jean-Pierre JOUET, *La greffe, entre biologie et psychanalyse*, PUF, 2004, 237 p.

Paul-Laurent ASSOUN, *Freud, la philosophie et les philosophes*, PUF, Philosophie d'aujourd'hui, 1976, 230 p.

Paul-Laurent ASSOUN, *Le pervers et la femme*, Economica, Psychanalyse, 3^{ème} éd, 2016, 328 p.

Paul-Laurent ASSOUN, *Psychanalyse*, PUF, 2007, 816 p.

Marc AUGÉ (préf.), *Le père. Métaphore paternelle et fonctions du père : l'Interdit, la Filiation, la Transmission*, Denoël, L'espace analytique, 1989, 557 p.

Étienne BALIBAR, Carlos-Miguel HERRERA et Bertrand OGILVIE (dir.), *Le surmoi, genèse politique : autour de la rencontre entre Sigmund Freud et Hans Kelsen en 1922*, Incidence, 2007, 229 p.

Jessica BENJAMIN, *The bonds of love, Psychoanalysis, Feminism and the problem of Domination*, New York, Pantheon Books, 1988, 320 p.

Jeremy BENTHAM, *Théorie des Fictions*, A.F.I., coll. Le Discours psychanalytique, 1996, 351 p.

Bruno BETTELHEIM, *Le cœur conscient*, Le Livre de poche, Pluriel, 1981, 384 p.

Éric BIDAUD, Laurie LAUFER (préf.), *Psychanalyse et pornographie*, La Musardine, L'attrape-corps, 2016, 217 p.

Wilfred Ruprecht BION, J. Kalmanovitch (trad.), *L'attention et l'interprétation : une approche scientifique de la compréhension intuitive en psychanalyse et dans les groupes*, Payot, 1974, 218 p.

Wilfred Ruprecht BION, C. Chevestre (trad.), *Séminaires cliniques*, Les éditions d'Ithaque, 2008, 304 p.

Michèle BOMPARD-PORTE, *De l'angoisse. Psychanalyse des peurs individuelles et collectives*, Armand Colin, Cursus, 2004, 302 p.

Michèle BOMPARD-PORTE, *Les traumatismes psychiques : Actes de colloque international, Brest 31 mai-1^{er} juin 2002*, L'Harmattan, Espace théorique, 2003, 320 p.

André BOURGUIGNON, Pierre COTET, Jean LAPLANCHE et François ROBERT, *Traduire Freud*, PUF, Œuvres complètes de Freud 1989, 392 p.

Vincent CALAIS, *La Théorie du langage dans l'enseignement de Jacques Lacan*, L'Harmattan, Sémantiques, 2008, 190 p.

Gisèle CHABOUDEZ, *Que peut-on savoir sur le sexe ?*, Hermann, Psychanalyse, 2017, 220 p.

Guy CABROL, Félicie NAYROU, Hélène PARAT (dir.), *Actualité de l'Œdipe*, PUF, 2015, 218 p.

Carmel CAMILLERI, Joseph KASTERSZTEIN, Edmond Marc LIPIANSKY, Hanna MALEWSKA-PEYRE, Isabelle TABOADA-LEONETTI, Ana VASQUEZ, *Stratégies identitaires*, PUF, Psychologie d'aujourd'hui, 1990, 240 p.

Edgardo CAROSELLA, Thomas PRADEU, Bertrand SAINT-SERNIN, Claude DEBRU, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, Science histoire et société, 2006, 192 p.

Fabienne CASTAGNET, *Sexe de l'âme sexe du corps*, Le Centurion, 1981, 186 p.

Pierre-Henri CASTEL, *L'Esprit malade. Cerveaux, folies, individus*, Ithaque, Philosophie, anthropologie, psychologie, 2009, 352 p.

Pierre-Henri CASTEL, *La métamorphose impensable, essai sur le transsexualisme et l'identité personnelle*, Gallimard, HS Connaissance, 2003, 560 p.

Catherine CHABERT, Dominique CUPA, René KAËS et René ROUSSILLON (dir.), *Didier Anzieu : le Moi-peau et la psychanalyse des limites*, Collectif, Toulouse, Érès, Le Carnet psy, 2007, 211 p.

Jean-Pierre CHANGEUX, *L'homme neuronal*, Fayard, Pluriel, 2012, 384 p.

Jean-Pierre CHANGEUX, Michel Morange, Francis Wolff, Frédéric Worms (dir.), *L'Homme neuronal, trente ans après. Dialogue avec Jean-Pierre Changeux*, Éditions Rue d'Ulm, Les rencontres de Normale Sup', 2016, 154 p.

Franck CHAUMON, *Lacan. La loi, le sujet et la jouissance*, Éditions Michalon, Le bien commun, 2016, 125 p.

Franck CHAUMON (dir.), *Psychanalyse : vers une mise en ordre ?*, La Dispute, 2006, 189 p.

Patrick CHEMLA (dir.), *Aux limites du sujet*, Toulouse, éditions Érès, 2006, 150 p.

Fanny CHEVALIER, Jean-Jacques RASSIAL, *Genre et psychanalyse*, Érès, 2016, 206 p.

Colette CHILAND, *Changer de sexe*, Éditions Odile Jacob, 1997, 282 p.

Laurent CLAUZADE et Céline JOUIN (dir.), *Identité, biologie, droit*, Colloque organisé par l'équipe identité et subjectivité, Université de Caen, 6 et 7 février 2013.

Jean CLAVREUL, *L'Homme qui marche sous la pluie : Un psychanalyste avec Lacan*, Odile Jacob, Psychologies, 2007, 263 p.

COLLECTIF (Richard RECHTMAN), *Douleurs et Souffrances*, Champ psychosomatique. Médecine – Psychanalyse - Anthropologie, L'Esprit du Temps, n° 19, 2000, 143 p.

- COLLECTIF, *Identité et transmission*, L'Esprit du temps, Adolescence, 2018, 456 p.
- COLLECTIF, *Les premiers psychanalystes, Minutes de la société psychanalytique de Vienne*, Gallimard, Connaissance de l'inconscient, 1983, vol. 4, 397 p.
- COLLECTIF, *Logique des corps*, Toulouse, éditions Érès, Figures de la psychanalyse, 2006/1, n° 13, 247 p.
- Pierre COSLIN, Serge LEOVICI, Hélène STORK, *Garçons et filles, hommes et femmes. Aspects pluridisciplinaires de l'identité sexuée*, PUF, le fil rouge, 1998, 202 p.
- Vassiliki-Piyi CHRISTOPOULOU, *Philosophie pénale, droit et psychanalyse*, Buenos Book International, Humanitas, 2010, 117 p.
- Antonio DAMASIO, *Spinoza avait raison : Joie et tristesse, le cerveau des émotions*, Odile Jacob, Poche, 2005, 370 p.
- Antonio DAMASIO, Marcel Blanc (Trad.), *L'erreur de Descartes : La raison des émotions*, 1984, réédition 2010, Odile Jacob, Poche, 396 p.
- Salvatore D'AMORE, *Les nouvelles familles. Approches cliniques*, De Boeck Supérieur, Carrefour des psychothérapies, 2010, 474 p.
- Monique DAVID-MÉNARD, *Deleuze et la psychanalyse. L'altercation*, PUF, Science, histoire et société, 2014, 185 p.
- Auguste DEBAY, *Histoire des métamorphoses humaines et des monstruosité*s, Mocquet, 1845, 439 p.
- Jacques DERRIDA et Élisabeth ROUDINESCO, *De quoi demain ... Dialogue*, Flammarion, Champs, 2003, 320 p.
- Jacques DERRIDA, *États d'âme de la psychanalyse. Adresse aux États généraux de la psychanalyse*, Galilée, Incises, 2000, 90 p.
- Pierre DESSUANT, *Le Narcissisme*, PUF, Que sais-je, 1983, 127 p.
- Georges DEVEREUX, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Flammarion, 2012, 474 p.
- Georges DEVEREUX et Roger NEUBURGER, *La renonciation à l'identité. Défense contre l'anéantissement*, Poche, 2019, 128 p.
- Alain DIDIER-WEILL, *Les trois temps de la loi*, Seuil, La couleur des idées, 1995, 359 p.
- Alain DIDIER-WEILL, *Un mystère plus lointain que l'inconscient*, Aubier Flammarion, Psychanalyse, 2010, 307 p.

- Françoise DOLTO, *L'image inconsciente du corps*, Seuil, Points, Essais, 1984, 375 p.
- Christian DUBUIS SANTINI, *50 nuances du fantasme au réel*, L'ampoule, Le guide illustré, 2016, 199 p.
- Judith DUPONT, Jacques LETONDAL, *De la misogynie*, Érès, Le Coq-Héron, n°194, 23 octobre 2008.
- John ECCLES, *Évolution du cerveau et création de la conscience. À la recherche de la vraie nature de l'homme*, Flammarion, Champs, 1993, 368 p.
- Mony ELKAÏM, *Panorama des thérapies familiales*, Seuil, Essais, 1995, 658 p.
- Erik ERIKSON, *Enfance et société*, Delachaux et Niestlé, Actualités pédagogiques et psychologiques, 7^{ème} éd., 1982, 285 p.
- Alain EHRENBERG, Anne M. LOVELL, *La maladie mentale en mutation - Psychiatrie et société*, Éditions Odile Jacob, Psychologie, 2001, 311 p.
- Eric ERIKSON, *Adolescence et crise. La quête de l'identité*, Flammarion, Champs Essais, 1994, rééd. 2011, 348 p.
- Frantz FANON, *Peaux noires, masques blancs*, Éditions du Seuil, Essais, 1952, 225 p.
- Frantz FANON, *Les damnés de la terre*, La découverte, Poche, 2002, 311 p.
- Anne FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres*, La Découverte, Genre & sexualité, 2012, 400 p.
- Anne FAUSTO-STERLING, *Les cinq sexes. Pourquoi mâle et femelle ne sont pas suffisants*, Payot, 2013, 92 p.
- Sandor FERENCZI, *Thalassa : psychanalyse des origines de la vie sexuelle, précédé de « Masculin et féminin »*, Payot, Petite Bibliothèque Payot, 2002, 200 p.
- Lydia FLEM, *La vie quotidienne de Sigmund Freud et de ses patients*, La librairie du XXème siècle, Seuil, 2018, 305 p.
- Véronique FOURNIER, *Le bazar bioéthique. Quand les histoires de vie bouleversent la morale publique*, Robert Laffont, Le monde comme il va, 2010, 216 p.
- Sigmund FREUD, *Abrégé de psychanalyse, suivi de Some Elementary Lessons in Psycho-Analysis*, PUF, Quadrige Grands Textes, 2012, 110 p.
- Sigmund FREUD, *Abrégé de théorie analytique*, Seuil, Points, Essais, 2017, 81 p.
- Sigmund FREUD, *Conférences d'introduction à la psychanalyse*, (1933), trad. F. Cambon, Gallimard, Connaissance de l'inconscient, 1999, 660 p.

Sigmund FREUD, *Constructions dans l'analyse, Œuvres complètes, 1937-1939*, t. XX, PUF, 2010, 388 p.

Sigmund FREUD, *Essais de psychanalyse*, Petite Bibliothèque Payot, 2004, 308 p.

Sigmund FREUD, Joseph BREUER, *Études sur l'hystérie*, traduit par Anne Berman, PUF, 1992, 320 p.

Sigmund FREUD, *Introduction à la psychanalyse*, Petite Biblio Payot, 2015, 568 p.

Sigmund FREUD, *L'inconscient*, Petite Bibliothèque Payot, 2013, 125 p.

Sigmund FREUD, *La naissance de la psychanalyse*, PUF, 1996, 7^{ème} éd., 424 p.

Sigmund FREUD, *La technique psychanalytique*, PUF, 1972, 4^{ème} éd., 144 p.

Sigmund FREUD, *Le malaise dans la civilisation*, Seuil, Points, Essais, 2010, 185 p.

Sigmund FREUD, *Le moi et le ça*, Petite Bibliothèque Payot, 1981, 123 p.

Sigmund FREUD, *L'inquiétante Étrangeté et autres essais*, Gallimard, Folio Essais, 1988, 352 p.

Sigmund FREUD, *Métapsychologie*, Gallimard, Folio Essais, 1986, 185 p.

Sigmund FREUD, *Névroses, psychoses, perversions*, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 2010, 320 p.

Sigmund FREUD, *Nouvelles conférences d'introduction à la psychanalyse*, Gallimard, Folio Essais, 1989, 257 p.

Sigmund FREUD, *Œuvres complètes VIII : 1906-1908*, PUF, Œuvres complètes de Freud, 288 p.

Sigmund FREUD, 1921, *Psychologie collective (ou de masse) et analyse du moi*, Essais de psychanalyse, Petite Biblio Payot, 2001, 320 p.

Sigmund FREUD, *Psychologie de masse et analyse du moi*, Seuil, Points-Essais, 2014, 175 p.

Sigmund FREUD, *Psychopathologie de la vie quotidienne*, Petite bibliothèque Payot, 2004, 370 p.

Sigmund FREUD, *Résultats, idées, problèmes*, tome I, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 1984, 263 p.

Sigmund FREUD, *Totem et tabou*, PUF, Quadrige, 2015, 222 p.

- Sigmund FREUD, *Trois essais sur la théorie sexuelle* (1905), Gallimard, 1989, p. 33. 211 p.
- Michel GODFRYD, *Le droit de la santé mentale par les textes*, Éditions Heures de France, 2000, 461 p.
- Christian GODIN, *La Psychanalyse pour les nuls en 50 notions clés*, First, 2019, 261 p.
- Christian GODIN, Gilles-Olivier SILVAGNI, *La psychanalyse pour les Nuls*, First, 2012, 441 p.
- Roland GORI, *La preuve par la parole - Essai sur la causalité en psychanalyse*, Toulouse, éditions Érès, Actualité de la psychanalyse, 2008, 296 p.
- André GREEN, *Du signe au discours - Psychanalyse et théories du langage*, Ithaque, Psychanalyse, 2012, 168 p.
- André GREEN, *La causalité psychique. Entre nature et culture*, Odile Jacob, Psychologie, 1995, 332 p.
- André GREEN, *La pensée clinique*, Odile Jacob, 2002, 358 p.
- Bela GRUNBERGER et Janine CHASSEGUET-SMIRGEL, *Le Ça, le moi, le surmoi : la personnalité et ses instances*, éd. Les grandes découvertes de la psychanalyse, 1998, 354 p.
- Sébastien GUIDICELLI et Georges LANTERI-LAURA (dir.), *Sujet et subjectivité*, Toulouse, Érès, 1990, 132 p.
- Gérard HADDAD, *Lumière des astres éteints – La psychanalyse face aux camps*, Grasset, 2011, 296 p.
- Claude HALMOS, *Savoir Être*, Fayard, Documents, 2016, 415 p.
- Heinz HARTMANN, *Psychoanalysis and Moral Values*, New York, International Universities Press, 1960, 121 p.
- Serge HEFEZ, *Le Nouvel Ordre sexuel. Pourquoi devient-on fille ou garçon ?*, Kero, Le livre de poche, 2012, 190 p.
- Lucien ISRAËL et Gérard MÉMETEAU (dir.), *Le mythe bioéthique*, Éditions Bassano, 1999, 193 p.
- Luis IZCOVICH, *L'Identité, Choix Ou Destin ? Essai de Psychanalyse*, Stilus, Nouages, 2019, 220 p.
- Ernest JONES, *La vie et l'œuvre de Sigmund Freud*, PUF, Bibliothèque de psychanalyse, 1975, tome 3, 566 p.

- Carl Gustav JUNG, *Aïon : Études sur la phénoménologie du soi*, Albin Michel, Bibliothèque jungienne, 1983, 334 p.
- Carl Gustav JUNG, *Dialectique du Moi et de l'inconscient*, Gallimard, Folio essais, 1964, 287 p.
- Carl Gustav JUNG, « *Ma vie* » *Souvenirs, rêves et pensées*, recueillis et publiés par Aniéla Jaffé, Gallimard, Folio, 1973, 712 p.
- Carl Gustav JUNG, *Psychologie de l'inconscient*, Georg, Le livre de Poche, 1993, 219 p.
- Carl Gustav JUNG, *Types psychologiques*, Georg Éditeur, 1997, 1997, 505 p.
- Johann JUNG, *Le sujet et son double : La construction transitionnelle de l'identité*, Dunod, Psychismes, 2015, 280 p.
- René KAËS, *Différence culturelle et souffrances de l'identité*, Dunod, Inconscient et culture, 2012, 272 p.
- Jay KATZ, Joseph GOLDSTEIN, Alan DERSHOWITZ, *Psychanalyse, psychiatrie et droit*, New York, Free Press, 1967, 822 p.
- Laurence KHAN, *Faire parler le destin*, Klincksieck, Méridiens, 2005, 247 p.
- Max KOHN, *Le récit dans la psychanalyse*, Éres, Actualité de la psychanalyse, 1998, 168 p.
- Henri KOTOBİ, *Le dualisme du corps et de l'esprit à l'épreuve de la douleur - Qu'est-ce que la douleur ? (Tome II)*, L'Harmattan, 2009, 210 p.
- Julia KRISTEVA, *Pouvoir de l'horreur, essai sur l'abjection*, Seuil 1980, 247 p.
- Julia KRISTEVA, *Sens et non-sens de la révolte - Pouvoirs et limites de la psychanalyse I*, Fayard, 1996, 501 p.
- Julia KRISTEVA, *La révolte intime - Pouvoirs et limites de la psychanalyse 2*, Fayard, 1997, 454 p.
- Julia KRISTEVA, *L'avenir d'une révolte*, Flammarion, Champs Essais, 2012, 128 p.
- Julia KRISTEVA, *Séméiotiké, recherches pour une sémanalyse*, Seuil, Tel quel, Points, 1969, 379 p.
- Julia KRISTEVA, *Seule une femme*, La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube, 2007, 217 p.
- Jacques LACAN, « Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse », *in Sur la parole et le langage*, La psychanalyse, n° 1, 1956, pp. 81-166.
- Jacques LACAN, *Écrits*, Seuil, Le champ freudien, 1966, 923 p.

Jacques LACAN, *Le Séminaire. Livre XI. Les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse 1964*, Texte établi par Jacques-Alain Miller, Seuil, Points, Essais, 1973, 316 p.

Jacques LACAN, *Le Séminaire. Livre XXI, Les non-dupes errent*, Seuil 1973-74, 102 p.

Jacques LACAN, *Le Séminaire, Livre XX, Encore*, Seuil, 1975, 144 p.

Jacques LACAN, *Le Séminaire. Livre VII. L'éthique de la psychanalyse*, Seuil, Champ freudien, 1986, 374 p.

Jacques LACAN, *Le Séminaire. Livre V. Les formations de l'inconscient*, Seuil, Champ freudien, 1988, 517 p.

Jacques LACAN, *Autres écrits*, Seuil, Champ freudien, 2001, 609 p.

Jules LACHELIER, *Du fondement de l'induction, suivi de Psychologie et métaphysique*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, 1993, 179 p.

Daniel LAGACHE, *La psychanalyse*, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 660, 20^{ème} éd., 2005, 128 p.

Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Fantasme originaire - Fantômes des origines - Origines du fantasme*, Hachette, Textes du XX^e siècle, 1985, 89 p.

Jean LAPLANCHE, *Problématiques II : castration, symbolisations*, PUF, Quadrige, 1998, 320 p.

Danièle LEBOUL, Pascal DAVID, *Éthique du soin : quels fondements pour quelles pratiques ? (Actes du colloque des 1^{er} et 2 décembre 2005)*, Montpellier, Sauramps médical, Les carnets de l'espace éthique de Bretagne occidentale, n° 1, 2008, 180 p.

Serge LEOVICI, Sigmund FREUD, et Collectif, *Le Ça, le moi, le surmoi : la personnalité et ses instances*, Tchou, Les grandes découvertes de la psychanalyse, 2009, 335 p.

Serge LECLAIRE, *État des lieux de la psychanalyse*, Albin Michel, 1991, 306 p.

Henri LEGRAND du SAULLE, *Les hystériques*, Baillière et fils, 1883, p. 586.

Clotilde LEGUIL, *Je. Une traversée des identités*, PUF, 2018, 240 p.

Silvia LIPPI (dir.), *La décision du désir*, Érès, 2013, 293.

René LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Éditions de Minuit, 1971, 302 p.

Ilana LOWY, *L'emprise du genre*, La Dispute, 2006, 244 p.

Pascale MACARY, *La recherche à l'heure de la psychanalyse. Psychanalyse et recherche universitaires*, Rennes, PUR, Clinique Psychanalytique et Psychopathologie, 2004, 159 p.

Catherine MALABOU, *Les nouveaux blessés. De Freud à la neurologie : penser les traumatismes contemporains*, PUF, Quadrige, 2017, 420 p.

Edmond MARC, *Psychologie de l'identité. Soi et le groupe*, Dunod, Psycho Sup, 2005, 264 p.

Cécile MARCOUX, *Freud en français, Bibliographie complète des écrits de Freud avec concordances allemande et anglaise*, SPP, BSF, 2012, 174 p.

Charles MELMAN, *Lacan tout contre Freud*, Toulouse, Érès, 2017, 518 p.

Charles MELMAN, *L'homme sans gravité*, Denoël, Folio essais, 2002, 267 p.

Catherine MEYER (dir.), *Le livre noir de la psychanalyse*, Les Arènes, 2005, 500 p.

Michel MEYER, *Qu'est-ce que le refoulement*, L'Herme, Carnets, 2012, 53 p.

Vannina MICHELI-RECHTMAN, *La psychanalyse face à ses détracteurs*, Aubier, Psychanalyse, 2007, 298 p.

Catherine MILLOT, *Abîmes ordinaires*, Gallimard, L'infini, 2001, 153 p.

Albert MOLL, *Les perversions de l'instinct génital*, Carré, 1893, 327 p.

Alex MUCCHIELLI, *L'identité*, PUF, Que sais-je ?, collection encyclopédique, 9^{ème} éd. 2016, 127 p.

Michel de M'UZAN, *Aux confins de l'identité*, Gallimard, Connaissance de l'inconscient, 2005, 176 p.

Lionel NACCACHE, *Le Nouvel Inconscient. Freud, Christophe Colomb des neurosciences*, Éditions Odile Jacob, Sciences, 2006, 465 p.

Juan-David NASIO, *Enseignement des 7 concepts cruciaux de la psychanalyse*, Payot & Rivages, Petite Bibliothèque Payot, 2001, 304 p.

Alexander Sutherland NEILL, *La liberté, pas l'anarchie*, Payot, Petite Bibliothèque, 2011, 203 p.

Gérard NEYRAND, Marie-Dominique WILPERT, Michel TORT, Diane KHOURY, *Père, mère, des fonctions incertaines : Les parents changent, les normes restent ?*, Érès, poche, 2013, 108 p.

Bertrand OGILVIE, *Lacan, La formation du concept de sujet (1932-1949)*, PUF, Philosophies, 4^{ème} éd., 2005, 128 p.

Louis OMBRÉDANNE, *Précis clinique et opératoire de chirurgie infantile*, 4^{ème} éd., Masson, 1932, 1480 p.

Gail PHETERSON, *Le prisme de la prostitution*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, 216 p.

Roger PERRON & Michèle PERRON-BORELLI, *Le complexe d'Œdipe*, PUF, Que sais-je ?, 2016, 128 p.

Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1985, 2000, 344 p.

Gérard POMMIER, *Le dénouement d'une analyse*, Champs Flammarion, 1999, 284 p.

Gérard POMMIER, Laurence CROIX, *Pour un regard neuf de la psychanalyse sur le genre et les parentalités*, Érès, Point hors ligne, 2018, 250 p.

Jean-Bertrand PONTALIS, *Avant*, Gallimard, Nrf, 2012, 152 p.

Jean-Bertrand PONTALIS, *En marge des nuits*, Gallimard, Nrf, 2010, 144 p.

Jean-Bertrand PONTALIS, *Entre le rêve et la douleur*, Gallimard, Tel, 2012, 280 p.

Philippe PORRET, *L'identité*, Les lettres de la psychanalyse freudienne, 2013, 270 p.

Luiz Eduardo PRADO DE OLIVEIRA (dir.), *Schreber et la paranoïa – Le meurtre de l'âme*, Collectif, L'Harmattan, Psychanalyse et Civilisations, 1996, 319 p.

Georges PRAGIER, Sylvie FAURE-PRAGIER, *Repenser la psychanalyse avec les sciences*, PUF, Le fil rouge, 2007, 272 p.

Sabine PROKHORIS, *Au bon plaisir des docteurs graves*, PUF, 2016, 254 p.

Sabine PROKHORIS, *Le sexe prescrit. La différence sexuelle en question*, Flammarion, Champs Essais, 2000, 348 p.

Sabine PROKHORIS, Élisabeth BADINTER (préf.), *Déraison des raisons. Le juge face aux nouvelles familles*, PUF, 2018, 233 p.

Florence PUKLAVEC, *Psychanalyse du sportif d'endurance : l'identité en marche*, L'Harmattan, Santé, sociétés et cultures, 2019, 142 p.

James Jackson PUTNAM, *L'introduction de la psychanalyse aux États-Unis, autour de James Jackson Putnam*, Gallimard, nrf, Connaissance de l'Inconscient, 1978, 400 p.

Olivier PUTOIS, *La conscience*, Flammarion, GF Corpus, 2005, 256 p.

France QUERÉ, *Conscience et neurosciences*, Bayard, Questions en débat, 2001, 141 p.

François RICHARD, Steven WAINRIB et Collectif, *La subjectivation*, Dunod, Inconscient et Culture, 2006, 224 p.

Marthe ROBERT, *La révolution psychanalytique - La vie et l'œuvre de Freud*, Payot, Petite Bibliothèque, 2002, 567 p.

Hélène ROUCH, *Les corps, ces objets encombrants*, Éditions IXe, 2011, 231 p.

Jean ROSTAND, *Pensées d'un biologiste*, Stock, J'ai lu, 1954, 183 p.

Élisabeth ROUDINESCO, *Le patient, le thérapeute et l'État*, Fayard, Histoire de la pensée, 2004, 186 p.

Élisabeth ROUDINESCO, *Pourquoi la psychanalyse ?*, Fayard, 1999, 196 p.

Élisabeth ROUDINESCO, Jacques DERRIDA, *De quoi demain ... dialogue*, Fayard/Galilée, Histoire de la pensée, 2001, 315 p.

Élisabeth ROUDINESCO, *Histoire de la psychanalyse en France - Jacques Lacan, Esquisse d'une vie*, Fayard, La Pochothèque, 2009, 2118 p.

René ROUSSILLON (dir.), *Manuel de psychologie et de psychopathologie - clinique générale*, Masson, Psychologie, 2007, 702 p.

Oliver SACKS, *L'homme qui prenait sa femme pour un chapeau*, Seuil, Points, 1988, 320 p.

Jacqueline SCHAEFFER, *Le refus du féminin*, PUF, Quadrige, 1997, 296 p.

Daniel SIBONY, *Perversions : Dialogues sur des folies « actuelles »*, Grasset & Fasquelle, Figures, 1987, 296 p.

Paul SCHILDER, *L'image du corps*, Gallimard, 1980, 350 p.

Robert STOLLER et Monique NOVODORSQUI, *Recherches sur l'identité sexuelle à partir du transsexualisme*, Gallimard, Connaissance de l'inconscient, 1979, 408 p.

Pierre TAP, *La société Pygmalion. Intégration sociale et la réalisation de la personne*, Dunod, 1992, 263 p.

Hélène TESSIER, *Rationalisme et émancipation en psychanalyse : l'œuvre de Jean Laplanche*, PUF, Souffrance et théorie, 213 p.

Stéphane THIBIERGE, *Clinique de l'identité : Psychoses, identité sexuelle et lien social*, PUF, 2007, 163 p.

Saverio TOMASELLA, *Le surmoi. Il faut, je dois ...*, Eyrolles, Les mots de la psychanalyse, 2014, 113 p.

Jean-Luc VIAUX, *L'enfant et le couple en crise. Du conflit psychologique au contentieux juridique*, Dunod, Jeunesse et droit, 1997, 219 p.

Catherine VIDAL, *Nos cerveaux resteront-ils humains ?*, Éditions le Pommier, Manifestes, 2019, 83 p.

Joëlle WIELS, *Mon corps a-t-il un sexe. Sur le genre, dialogue entre biologie et sciences sociales*, La Découverte, Recherches, 2015, 30 p.

Jean-Pierre WINTER, *Choisir la psychanalyse, paroles de praticien*, EdLM, Seuil, Points, 2001, 221 p.

Jean-Pierre WINTER, *Homoparenté*, Albin Michel, 2010, 217 p.

Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *États du Symbolique*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2014, 808 p.

Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *La transmission en question(s)*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2020, 860 p.

Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, 650 p.

Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Le sujet face au réel, et dans la transmission*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2017, 794 p.

Donald Woods WINNICOTT, *Jeu et réalité, L'espace potentiel*, Gallimard, Folio essais, 2002, 276 p.

B. DICTIONNAIRES

Barbara CASSIN (dir.), *Vocabulaire européen des philosophes. Dictionnaire des intraduisibles*, Seuil et Le Robert, 2004, 1560 p.

Jean LAPLANCHE, Jean-Bertrand PONTALIS, *Vocabulaire de la psychanalyse*, PUF, Quadrige – Dicos poche, 5^{ème} éd., 2014, 523 p.

Claude LE GUEN, *Dictionnaire freudien*, PUF, Grands dictionnaires, 2008, 1376 p.

Dominique LECOURT, *Dictionnaire de la pensée médicale*, PUF, Quadrige - Dicos poche, 2004, 1270 p.

Alain de MIJOLLA (dir.), *Dictionnaire international de la psychanalyse*, Calmann-Lévy, Psychologie – Psychanalyse - Pédagogie, t. 1, 2002, 1116 p.

C. THÈSES, COURS ET MÉMOIRES

Jacques-Alain MILLER, *L'être et l'un*, <http://disparates.org/lun/letre-et-lun/> cours 2011.

Élisabeth NUÑEZ GONZALEZ, *Le choix du prénom chez le trans*, Thèse de doctorat en Psychologie. Psychanalyse et psychopathologie, sous la direction de Laurie Laufer et de Ouriel Rosenblum, soutenue le 29 novembre 2018, consultable en ligne, 254 p.

Marie-Dominique TRAPET, *Le droit dans l'œuvre de Freud*, thèse de doctorat en psychanalyse, sous la direction de Mijolla-Mellor, Paris VII, 1998, 840 p.

Judith TRINQUART, *La décorporalisation dans la pratique prostitutionnelle : un obstacle majeur à l'accès aux soins*, thèse de doctorat en médecine, sous la direction de Viviane Bruillon, 2002, 182 p.

Nicolas VALLÉE, *Étude sur l'émergence du post-genre dans la société occidentale ou l'avènement des identités non-binaires*, thèse de doctorat en Psychologie. Recherche en psychopathologie et psychanalyse, sous la direction de Laurie Laufer, soutenue le 13 octobre 2018, consultable en ligne.

D. ARTICLES

Académie nationale de médecine, « Autoconservation des gamètes de personnes transsexuelles et projet parental éventuel », *Bull. Acad. Natle Méd.*, 2014, 198, no 3, 613-631, séance du 25 mars 2014, 20 p.

Jacques ADAM. « Peut-on parler d'identité sexuelle ? », *Champ lacanien*, vol. 6, no. 1, 2008, pp. 23-29.

Jean ALLOUCH, « Dépathologisations : homosexualité, transsexualisme ... quoi d'autre ? », *Actualité de la psychanalyse* (dir. Gisèle Chaboudez, Claire Gillie), Toulouse, Érès, pp. 389-394.

Gérard AMIEL, « Sans famille », *Famille je vous aime ? Les complexes familiaux aujourd'hui*, La revue Lacanienne, Association lacanienne internationale, Érès, 2018, pp. 77-84.

Marguerite ANGRAND, « Le réel. Le réel selon Lacan », *Philopsis*, <http://www.philopsis.fr>, 2014, 15 p.

Jacques ARÈNES, « L'individu autonome, du bon usage d'un mythe », *Études*, vol. 413, n°11, 2010, pp. 485-494.

Paul-Laurent ASSOUN, « Le désir de constitution à l'épreuve de la psychanalyse. Freud avec Kelsen », in Actes de la journée d'étude sur les Perceptions extra-juridiques de la Constitution du 15 octobre 2015, partie 2, Paris Sorbonne, [www. Le droit de la Fontaine.fr](http://www.Le droit de la Fontaine.fr), 20 juin 2016.

Paul-Laurent ASSOUN, « La famille, entre droit et psychanalyse. Contribution à une psychanalyse de l'anomie familiale », *Petites Affiches*, 1^{er} octobre 1997, n° 118, pp. 11-17.

Paul-Laurent ASSOUN, « Franchissement des limites et désir d'interdit » ; in Paul-Laurent ASSOUN, Gérard BONNET, Christian FLAVIGNY, Caroline LEBRUN, José MOREL, *Interdits et limites. Les conditions du vivre ensemble*, Éditions In Press, 20176, pp. 39-58.

Sandrine AUMERCIER « Quelle jouissance et quel salut de la psychanalyse ? », *Psychanalyse*, vol. 19, no. 3, 2010, pp. 45-63.

Étienne BALIBAR, « Freud et Kelsen, 1922 : l'invention du Surmoi » ; in *Le surmoi, genèse politique : autour de la rencontre entre Sigmund Freud et Hans Kelsen en 1922*, Paris, SPP, BSF, Incidence 3, 2007, pp. 21-72.

Etienne BALIBAR, « L'invention du surmoi, Freud et Kelsen 1922 », in *Citoyens, sujet autres essais anthropologiques*, PUF 2011, pp. 383-434.

Étienne BALIBAR, « Sur l'interpellation des sujets en individus », colloque Droit et psychanalyse, Science Po Paris, juin 2013.

Jean BERGERET, Marcel HOUSER, « Aux origines de la vie affective, l'incontournable prise en compte de la période fœtale », *Rfp*, 2007/1, vol. 71, PUF, pp. 81-95.

Alain BERTHOZ, « L'anticipation et le voyage mental : des propriétés fondamentales du vivant ? », in Alain Berthoz et Claude Debru (dir.), *Anticipation et prédiction. Du geste au voyage mental*, Odile Jacob, 2015, 295 p.

Alain BERTHOZ et Bérangère THIRIOUX, « Identités et intersubjectivités : bases neurales », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, pp. 87-101.

Alfred BINET, « La science du témoignage » (1905), *L'Année psychologique*, n°11, pp. 128-135.

Wilfred Ruprecht BION, (1979), P. Christophe, J.P. Colombier (trad.), « Tirer le parti d'une sale affaire », in *Mouvement psychanalytique*, 2002, vol. 4, n°1, pp. 135-145.

Thierry BOKANOWSKI, « L'effroi et la question du traumatisme dans la théorie freudienne », Évelyne Chauvet, *Psychanalyse et terrorisme. L'effroi peut-il s'élaborer ?*, Presses Universitaires de France, 2017, pp. 35-41.

Dominique BOURDIN, « Vérité », in Claude LE GUEN (dir.), *Dictionnaire freudien*, PUF, Grands dictionnaires, 2008, p. 1661.

Michel BOUSSEYROUX, « Le mystère du corps parlant », *L'en-je lacanien* 2004/2 (n°3), pp. 67-77.

Pierre DESSUANT, « L'analité, la maîtrise et le narcissisme », *Revue française de psychanalyse*, 1995, p. 757-770.

Bernard BRUSSET, « À propos de l'amendement Accoyer », *Le Carnet PSY*, vol. 86, n° 9, 2003, pp. 27-35.

Gorana BULAT-MANENTI, « Le corps intéresse-t-il la psychanalyse ? », *La clinique lacanienne*, Toulouse, éditions Érès, no. 2, 2008/2, vol. 14, pp. 9-13.

Henri de CAEVEL, « Cinquième épisode. L'argent, c'est de la merde ! », in Henri de CAEVEL (dir.), *Échappées de diva*, Érès, 2008, pp. 50-62.

Raymond CAHN, « Origines et destins de la subjectivation », ch. 1, in François Richard, Steven Wainrib (dir.), *La subjectivation*, Dunod, Inconscient et Culture, 2006, 224 p.

Raymond CAHN, « Subjectalité et subjectivation », *L'Esprit du Temps, Adolescence 2004/4*, n° 50, pp. 755-766.

Diane CASONI, « Au sujet de la légitimité du psychologue comme expert : une question de savoir et de neutralité », *Bulletin de psychologie*, vol. n°491, no. 5, 2007, pp. 455-461.

Pierre-Henri CASTEL, « Psychanalyse et psychothérapies : que sait-on des professions sur lesquelles on peut légiférer ? », *La santé mentale et ses professions*, Esprit, n° 304, mai 2004, pp. 114-132.

Pierre-Henri CASTEL, Xavier BRIFFAULT et Anne DEZETTER, « Pourquoi il faut rembourser les psychothérapies », *Libération*, 10 février 2014.

Franck CHAUMON, « Le sujet du droit n'est pas le sujet de la psychanalyse », in *Droit et abus du droit, VST-Vie sociale et traitements*, éditions Érès, 2004/4, n° 84, pp. 24-28.

Colette CHILAND, « Problèmes posés aux psychanalystes par les transsexuels », PUF, *Rfp*, vol. 69, 2005/2, pp. 563-577.

Hervé CHNEIWEISS, « L'identité en médecine : dispositifs techniques, gageures éthiques », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, pp. 70-86.

José Morel CINQ-MARS, « Laurence Khan, Faire parler le destin », in *Revue de psychanalyse, Che vuoi ?*, 2005/2, n° 24, pp. 169-172.

Françoise COBLENCÉ, « La vie d'âme. Psyché est corporelle, n'en sait rien », *Rfp*, vol. 74, 2010/5, pp. 1285-1356.

Dominique CUPA, « Préface », *Douleurs et Souffrances*, Champ psychosomatique. Médecine – Psychanalyse - Anthropologie, *L'Esprit du Temps*, n° 19, 2000, 143 p.

Monique DAVID-MENARD, « Éclats du temps et récits fragmentaires en psychanalyse », in *Les récits du temps*, 2010, PUF, p.107.

Jean-Pierre DEFFIEUX, « La famille est-elle nécessairement œdipienne ? », *Lacan Quotidien*, n° 280, 2013, consulté sur <https://www.causefreudienne.net> le 6 septembre 2019.

Karine DE LA ASUNCION-PLANES, « Ages et responsabilité civile », in *Ages et droits*, (dir.) D. Blanc, éd. Institut universitaire Varenne, col. Colloques & essais, 2016 pp.69-79.

Pierre DELAUNAY, « Traumatisme et psychanalyse », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. n° 70, n° 2, 2001, pp. 9-13.

Patrice DESMONS, « Pour une déconstruction des structures élémentaires de la parenté : la filiation non phallogocentrique », in Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, Presses Universitaires de Provence, penser le genre, 2014, pp. 69-78.

Olivier DOUVILLE, « De l'organisme et du corps d'un point de vue psychanalytique », *Logique des corps*, éditions Érès, Figures de la psychanalyse, 2006/1, n° 13, pp. 9-15.

Marcel DRACH (dir.), *L'argent*, La découverte, 2004, pp. 61-82.

Jean-Paul DROMARD, « La perversion : quand le désir se retourne en droit », <http://www.cartels-constituants.fr/medias/documents/6.15.33.pdf>

MORRIS N. EAGLE, « Psychoanalysis and the law », *International of Law and psychiatry*, vol. 48, 2016, pp. 57-61.

Alain EHRENBERG, « Les changements de la relation normal-pathologique. À propos de la souffrance psychique et de la santé mentale », *Esprits*, n° 304, mai 2004, pp. 133-156.

Eugène ENRIQUEZ, « Regard freudien sur le droit », in *Sur les fondements du droit public. De l'anthropologie au droit*, Geneviève & Isabelle Muller-Quoy (dir.), Bruxelles, Bruylant, Droits, Territoires, Cultures, 2003, 294 p.

Anne FAGOT-LARGEAULT, « Éthique du consentement en psychiatrie », in Claude Louzoun et Denis Salas (dir.), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique*, Toulouse, éditions Érès, 1997, pp. 77-83.

Nabile FARÈS, « Les labyrinthes du « Je-pense » », *Che vuoi*, vol. 34, n°2, 2010, pp. 141-145.

Nicolas FAVEZ et France FRASCAROLO-MOUTINOT, « La construction de l'identité de soi dans la famille », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, vol. n° 35, n° 2, 2005, pp. 51-60.

Sandor FERENCZI, « Importance de la psychanalyse dans la justice et dans la société », conférence prononcée à l'Association Nationale des Juges et des Avocats, le 29 octobre 1913.

Michel FERRAZI, « L'imitation, une impasse de l'identification », in *Analyse freudienne presse*, 2010/1, pp. 11-23.

Claire-Marine FRANCOIS-PONCET, « La confidentialité en psychanalyse », in *L'éthique du psychanalyste*, PUF, 2011, pp. 83-98.

Sigmund FREUD, « La psychanalyse et l'établissement des faits en matière judiciaire par une méthode diagnostique », in *Essais de psychanalyse appliquée* (1906), Gallimard, Idées, Nrf, 1971, pp. 45-58.

Sigmund FREUD, « La féminité », in *Nouvelles conférences d'introduction à la psychanalyse*, Gallimard, Folio Essais, 1989, 272 p.

Sigmund FREUD, « Analyse finie et infinie », in *Résultats, idées, problèmes*, PUF 1998, p. 256.

Martine GALLARD, « L'identité incertaine », *Cahiers jungiens de psychanalyse*, vol. 132, no. 2, 2010, pp. 39-50.

Mireille GALTIER et Jacques BESSON « Avant-Propos », in *Mes papas ! Mes mamans ! Et moi ?*, Érès, Les dossiers de Spirale, 2007, pp. 7-9.

Valérie GATEAU, « La gratuité dans le cadre du don d'organes », *Revue du MAUSS*, vol. 35, no. 1, 2010, pp. 463-476.

Vincent de GAULEJAC, « Identité », in Jacqueline Barus-Michel, *Vocabulaire de psychosociologie. Références et positions*, Éres, 2016, pp. 176-182.

Michèle GENNART, « Effraction sexuelle et brisure de soi », in *Psychothérapies*, 2011, pp. 271-284.

Joseph GOLDSTEIN, « Psychanalyse et jurisprudence. Sur la pertinence de la théorie psychanalytique pour le droit », *L'étude psychanalytique de l'enfant*, vol. 23, n°1, 1968, pp. 459-479.

Jean-Jacques GOROG, « L'anatomie, c'est le destin », *Champ lacanien*, vol. 17, no. 2, 2015, pp. 71-77.

Nicolas GOUGOULIS, « La Psychanalyse et l'État : quelques aperçus historiques », *Topique*, vol. 101, no. 4, 2007, pp. 27-33.

André GREEN, « Vie d'âme, meurtre d'âme », PUF, *Revue Française de psychanalyse*, vol. 74, 2010/5, pp. 1505-1512.

André GREEN, « Sur la discrimination et l'indiscrimination affect-représentation », *Revue Française de psychanalyse*, vol. 63, n°1, 1999, pp. 217-271.

Françoise HURSTEL et Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Mon fils, ma bataille », in Jean Delumeau et Daniel Roche, *Histoire des pères et de la paternité*, Larousse, 2000, pp. 399-424.

Viviane JULLIEN-PALLETIER, « Fins paradoxales de l'analyse » in *Cahiers jungiens de psychanalyses*, 2006, n°119-120, p. 73.

Vassilis KAMPSAMBELIS, « Interpréter le délire : sens et contre-sens », *Revue française de psychanalyse*, vol. 77, no. 3, 2013, pp. 748-761.

Jay KATZ, « Droit de la famille et psychanalyse. Quelques observations sur la collaboration interdisciplinaire », *Journal of legal Education*, vol. 20, n°4, 1968, pp. 571-578.

Simone KORFF-SAUSSE, « Les corps extrêmes dans l'art contemporain, Entre perversion et créativité », *Champ psychosomatique*, n° 35, 2004, pp. 61-75.

Julia KRISTEVA, « Le désir de loi », Actes du colloque Vive la Loi, 25 mai 2004, Palais du Luxembourg, https://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi.html

Julia KRISTEVA, « Parler en psychanalyse. Des symboles à la chair et retour », PUF, *Rfp*, vol. 71, 2007/5, pp. 1509-1520.

Jacques LACAN, « Conférences dans les universités nord-américaines », 2 décembre 1975 au Massachusetts Institute of Technology (MIT), *Revue Scilicet*, 1975, n° 6-7, pp. 53-63.

Jacques LACAN, « Le Stade du miroir comme formateur de la fonction du Je : telle qu'elle nous est révélée dans l'expérience psychanalytique », *Revue française de psychanalyse*, octobre 1949, p. 449-455.

Sandra LAUGIER, « Le privé, l'intérieur et l'extérieur », *Psychanalyse*, Érès, n° 4, 2005/3, pp. 71-98.

Guillaume LE BLANC, « La vie psychique de la maladie », in *Les nouvelles figures du soin*, Esprit, 2006/1, pp. 109-122.

Jean-François LEBRUN, « Ni chose ni personne », *La Cause freudienne*, vol. 73, no. 3, 2009, pp. 231-233.

Bianca et Bernard LECHEVALIER, « Aborder la question de la conscience », *Revue française de psychanalyse*, vol. 71, n° 2, 2007, pp. 437-454.

Claude LÉGER, « L'immersion du corps dans la psychanalyse », *L'en-je lacanien*, 2004/2, n° 3, pp. 79 à 91.

Claude LE GUEN, « Réalité », in *Dictionnaire freudien*, Claude LE GUEN, PUF, Grands dictionnaires, 2008, p. 1269.

Benjamin, LÉVY, « Le point de vue psychanalytique permet-il de mieux comprendre ce que le droit fait aux gens ? », in Jean-Pierre Relmy et Benjamin Lévy (dir.), *La psychologie et le droit : quels apports l'un pour l'autre ?*, Psycho-Droit Revue internationale de psychologie juridique, Actes du 2ème colloque de la Société Française de Psychologie Juridique, n° 2, 2017, pp. 25-29.

Sylvia LIPPI, « Soi-même » comme objet du désir, et d'amour », in Silvia LIPPI (dir.), *La décision du désir*, Érès, 2013, pp. 155-175.

Gabriel LOMBARDI, « Choix du genre et choix du sexe », Jean-Jacques Rassial éd., *Genre et psychanalyse. La différence des sexes en question*, Érès, 2016, pp. 181-193.

Riccardo LOMBARDI, « Le corps dans la séance analytique : étude sur la relation corps/psychisme », *L'Année psychanalytique internationale*, vol. 2009, n° 1, 2009, pp. 131-157.

Riccardo LOMBARDI, « From the Eclipse of the Body to the Dawn of Thought d'Armando Ferrari », *Revue française de psychanalyse*, vol. 70, no. 3, 2006, pp. 815-819.

Patrick MEROT, « Art corporel : le corps, entre pensée sublimatoire et pensée opératoire », *Revue française de psychanalyse*, vol. 69, 2005, p. 1584.

Jacques MICHEL, « Par-delà la loi du 30 juin 1838 : la rationalité juridique », *L'information psychiatrique*, vol. 64, n° 6, juin 1988, pp. 783-792.

Sophie de MIJOLLA-MELLOR, « Logique juridique et logique psychanalytique, une possible rencontre ? », *Topique*, vol. 117, n° 4, 2011, pp. 187-196.

Thibault MOREAU, « Présence de la loi », in Michel Gad Wolkowicz (dir.), *États du symbolique. Droit, loi, Psychanalyse*, In Press, Schibboleth Actualité de Freud, 2014, pp. 431-432.

Michel de M'UZAN, « Préface », in Jacques ASCHER (dir.), Jean-Pierre JOUET, *La greffe, entre biologie et psychanalyse*, PUF 2004, pp. 7-15.

Tristan de NADAILLAC, « Sujet de droit et sujet en psychanalyse », *VST - Vie sociale et traitements*, vol. 121, no. 1, 2014, pp. 89-95.

Jean-Yves NAU, « Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme », *Revue médicale suisse*, n°323, 2012, pp. 78-79.

Victor NOBRE-MARTINS, « Freud parle aux juristes : savoir et vérité entre la psychanalyse et l'instruction judiciaire », *Topique*, vol. 138, no. 1, 2017, pp. 53-65.

Dominique NOËL, « Le symptôme dans tous ses états », *Figures de la psychanalyse*, vol. 19, n° 1, 2010, pp. 131-140.

Valentin NUSINOVICI, « Avoir un corps ? », *Journal français de psychiatrie*, vol. n° 24, n°1, 2006, pp. 4-6.

Bertrand OGILVIE, « La psychanalyse s'apparente-t-elle à une procédure d'aveu ? », in *L'aveu, la vérité et ses effets*, Stéphane LEMAIRE (dir.), Rennes, PUR, 2014, pp. 63-74.

- Pierre PADUART, « Psychisme et culture », *Revue belge de Psychanalyse*, n°45, 2004.
- Francis PASCHE, « Réalités psychiques et réalité matérielle », in *La psyché*, Gallimard, NRP, 1975, pp. 189-198.
- Jean PÉRIN, « L'objet du droit, l'objet de la psychanalyse et la drogue », *A.L.I.*, 26 février 1997.
- Jean PÉRIN, « Un littoral : droit et psychanalyse. Carbonnier avec Lacan », in *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, Nanterre, PUPO, Sciences juridiques et politiques, 2012, pp. 117-127.
- Michel PLON, « De la politique dans le malaise au malaise de la politique », in Jacques Le Rider, Michel Plon, Gérard Raulet, Henri Rey-Flaud, *Autour du « Malaise dans la culture » de Freud*, PUF, Perspectives germaniques, 1998, pp. 125-126.
- Sabine PROKHORIS, « Points aveugles », *Travail, genre et sociétés*, vol. 10, n° 2, 2003, pp. 188-193.
- Jean-Michel QUINODOZ « « L'analyse avec fin et l'analyse sans fin », Sigmund Freud (1937c). « Constructions dans l'analyse », Sigmund Freud (1937d) », *Lire Freud. Découverte chronologique de l'œuvre de Freud*, sous la direction de Quinodoz Jean-Michel. Presses Universitaires de France, 2004, pp. 281-289.
- Régine PRAT, « La préhistoire de la vie psychique : son devenir et ses traces dans l'opéra de la rencontre et le processus thérapeutique », PUF, *Rfp*, 2007/1, vol. 71, pp. 97-114.
- Richard RECHTMAN, « Remarques sur le destin de la psychanalyse dans les usages sociaux du traumatisme », in *Controverses sur le stress*, Revue française de psychosomatique, 2005/2, n° 28, pp. 27-38.
- Richard RECHTMAN et Collectif, *Douleurs*, Revue française de psychosomatique, n° 15, 1999, 222 p.
- Dominique RENAULD, « Le gouffre de l'inconscient », préface in Sigmund FREUD, *L'inconscient*, Payot & Rivages, Petite Biblio Payot, 2013, 125 p.
- Christine ROUSSEAU, « Claude Halmos, La psychanalyse à l'épreuve des médias », *Le Monde*, 20 mai 2016.
- Guillermo RUBIO, « Plus-de-jouir et plus-value », *Champ lacanien*, vol. 5, n°1, 2007, pp. 51-60.
- Cécile de RYCKEL, Frédéric DELVIGNE, « La construction de l'identité par le récit », *Psychothérapies*, 2010/4, vol. 30, pp. 229-240.
- Jacques SALIBA, « De l'identité aux identités », *Champ psychosomatique*, vol. n° 21, no. 1, 2001, pp. 5-7.

Jacques SÉDAT, « La psychanalyse et l'État », *Figures de la psychanalyse*, vol. n° 5, no. 2, 2001, pp. 189-200.

Jean-François STOFFEL et Laurent MOUTON, « Douleurs fantômes, boîte-miroir et réalité virtuelle : une nouvelle approche pour le kinésithérapeute ? », *Revue des questions scientifiques*, vol. 181, 2010, n° 3, p. 273-304 et n° 4, p. 477-502.

Karl-Leo SCHWERING, « La spirale du don en transplantation d'organes », *Recherches en psychanalyse*, vol. 17, n°1, 2014, pp. 8-16.

Sarah TERQUEM, « Le Surmoi, un législateur ? Rousseau, Kelsen et Freud », *Enfances & Psy*, 4/2012 (N° 57), pp. 116-128.

Jean-Luc VIAUX, « Aspects psychologiques de la confrontation de l'enfant à la justice », *Droit de la famille, juillet-août 2006*, chron. 30, p. 9.

Jean-Luc VIAUX, « Les paradoxes de l'expertise », *Le Journal des psychologues*, vol. 238, n°5, 2006, pp. 26-29.

François VILLA, « Le spectre de l'identité », in Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, pp. 102-132.

Steven WAINRIB, « La psychanalyse, une question de subjectivation ? », *Le Carnet PSY*, Éditions Cabazon, 2006/5, n° 109, pp. 23-25.

Henri WALLON, « Comment se développe chez l'enfant la notion du corps propre », *Enfance, Buts et méthodes de la psychologie*, tome 16, n°1-2, 1963, pp. 121-150.

Alain DIDIER-WEIL, « Psychanalyse et droit de l'homme », *Revue Insistance*, Érès, 2010/1, n°4, pp. 27-34.

Simone WIENER, « À propos du tatouage, marque cruelle, écriture sur la peau », in Michel Gad WOLKOWICZ (dir.), *Les figures de la cruauté. Entre civilisation et barbarie*, In Press, 2016, pp. 547-555.

Michel WIEVIORKA, « Du concept de sujet à celui de subjectivation / dé-subjectivation », *Fondation Maison des sciences de l'homme*, FMSH-WP-2012-16, juillet 2012, 14 p.

Donald Woods WINNICOTT, J. Kalmanovitch (trad.), « La théorie de la relation parent-nourrisson », in *De la pédiatrie à la psychanalyse*, Payot, 1969, pp. 237-256.

Gérard ZWANG, « Les déviations sexuelles », in *La Fonction érotique*, Robert Laffont, 1972, pp. 89-114.

Radmila ZYGOURIS, « Les ahuris et le concept ou Le Moi-espèce », in Patrick CHEMLA (dir.), *Aux limites du sujet*, Érès, 2006, pp. 9-24.

III. DOCUMENTS PHILOSOPHIQUES, SOCIOLOGIQUES, ANTHROPOLOGIQUES, ETHNOLOGIQUES, HISTORIQUES, POLITIQUES, LITTÉRAIRES, LINGUISTIQUES.

A. OUVRAGES

Jean-Michel ADAM, *Le récit*, PUF, Que sais-je ?, 5^{ème} éd., 1996, 127 p.

Sylviane AGACINSKI, *Corps en miettes*, Flammarion Lettres, Café Voltaire, 2009, 100 p.

Sylviane AGACINSKY, *L'homme désincarné. Du corps charnel au corps fabriqué*, Gallimard, Tracts, n°7, 2019, 43 p.

Giorgio AGAMBEN, *Qu'est-ce que le commandement*, Payot & Rivages, Poche, 2013, 80 p.

Louis ALTHUSSER, *Écrits sur la psychanalyse*, Stock, Essais Documents, 1993, 309 p.

Louis ALTHUSSER, *Positions (1964-1975)*, Les Éditions sociales, 1976, 172 p.

Daniel ANDLER Françoise DAVOINE et Isabelle STENGERS (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Le Seuil 1987, 388 p.

Hannah ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, Folio Essais, 1989, 384 p.

Hannah ARENDT, *La vie de l'esprit*, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2013, 576 p.

Hannah ARENDT, Paul Ricœur (Préf.), *Condition de l'homme moderne*, Pocket, Agora, Evolution, 2002, 416 p.

ARISTOTE, *De l'âme*, Paris, Les Belles Lettres, Universités de France Série grecque, 2009, 217 p.

Philippe ARTIÈRE et Mathieu POTTE –BONNEVILLE, « *D'après Foucault – Gestes, luttés, programmes* », Seuil, Points, Essais, 2012, 384 p.

Henri ATLAN, *L'utérus artificiel*, Seuil, La Librairie du XXI^e siècle, 2005, 216 p.

Henri ATLAN, *La fin du « tout génétique » ? Vers de nouveaux paradigmes en biologie*, INRA Éditions, Sciences en question, 1999, 96 p.

Henri ATLAN, *La philosophie dans l'éprouvette*, Montrouge, Bayard, 2010, 174 p.

- Henri ATLAN, Marc AUGÉ, Mireille DELMAS-MARTY, Roger-Pol DROIT, Nadine FRESCO, *Le clonage humain*, Seuil, Philosophie générale, 1999, 208 p.
- Gwenaëlle AUBRY, Frédérique ILDEFONSE (dir.), *Le moi et l'intériorité*, Collectif, Vrin, Textes et traditions, 2008, 384 p.
- Marc AUGÉ, *Le sens des autres, actualités de l'anthropologie*, Fayard, Essais, 1998, 199 p.
- AUGUSTIN d'HIPPONE (dit Saint Augustin), *Les Confessions*, GF-Flammarion, Philosophie, 1993, 380 p.
- Pierre AUREGAN, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Ellipses, Culture et histoire, 1998, 158 p.
- John Langshaw AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Seuil, 1991, 202 p.
- Caroline AVIGNON (dir.), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses Universitaires de Rennes, 2016, 560 p.
- Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1934, 257 p.
- Gaston BACHELARD, *La poétique de l'espace*, PUF, 2012, 228 p.
- Francis BACON, *Novum Organum* (1620), Livre I, PUF, Épiméthée, 3^{ème} éd., 2010, 349 p.
- Élisabeth BADINTER, *L'un est l'autre. Des relations entre hommes et femmes*, Odile Jacob, 1986, 347 p.
- Étienne BALIBAR, *La crainte des masses*, Galilée, La philosophie en effet, 1997, 455 p.
- Étienne BALIBAR, *Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique*, PUF, Pratiques théoriques, 2011, 416 p.
- Dominique BAQUÉ, *Mauvais Genre(s) : Érotisme, pornographie, art contemporain*, Du Regard, Essai sur l'art, 2002, 200 p.
- Georges BATAILLE, *L'érotisme*, Les Éditions de Minuit, 1957, 312 p.
- Georges BATAILLE, *L'expérience intérieure*, (1943), Gallimard, TEL, 1994, 190 p.
- Charles BAUDELAIRE, *Curiosités esthétiques*, Salon de 1859, Garnier, 1962, 966 p.
- Henri BAUDIN, *Les monstres dans la science-fiction*, Lettres Modernes, Cahiers de recherche sur Imaginaire, Circé 6, Série thématique de l'imaginaire, 1976, 74 p.
- Jean-François BAYARD, *L'illusion identitaire*, Fayard, Pluriel, 2018, 320 p.
- Germain BAZIN, *Histoire de l'art, de l'art de Vasari à nos jours*, Albin Michel, 1986, 652 p.

- Simone de BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, 1949, rééd. Gallimard, Folio Essais, 1986, 408 p.
- Ali BENMAKHOLOUF, *L'identité, une Fable philosophique*, PUF, 2011, 180 p.
- Miguel BENASAYAG, *Cerveau augmenté, homme diminué*, La Découverte, 200 p.
- Miguel BENASAYAG, *La fragilité*, La Découverte, Poche, 2007, 277 p.
- Miguel BENASAYAG, *Le mythe de l'individu*, La Découverte, Poche, 2004, 176 p.
- Michel BENASAYAG et Angélique DEL REY, *Éloge du conflit*, La Découverte, Poche/ Sciences humaines et sociales, 2012, 232 p.
- Jocelyn BENOIST, *Concepts. Une introduction à la philosophie*, Flammarion, Champs essais, 2013, 212 p.
- Jocelyn BENOIST, *Les limites de l'intentionnalité : Recherches phénoménologiques et analytiques*, Vrin, Problèmes et controverses, 2005, 288 p.
- Jeremy BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, J. H. Burns and H. L. A Hart., London, The Athlone Press, 1977, 576 p.
- Jeremy BENTHAM, *Memoirs Part I and Correspondence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, ed. J. BOWRING, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, vol. X, 1196 p.
- Émile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, tome I, Les Éditions de Minuit, 1969, 376 p.
- Émile BENVENISTE, *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 1966, 357 p.
- Laure BERENI (dir.), *Introduction aux études sur le genre*, 2^{ème} éd., Ouvertures politiques, de Boeck, 2012, 358 p.
- Henri BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, PUF, Quadrige, 1997, 192 p.
- Henri BERGSON, *La pensée et le mouvant*, (1934) 4^{ème} éd., PUF, Quadrige, 2000, 304 p.
- Rudolf BERNET, *Conscience et existence, perspectives phénoménologiques*, PUF, Epiméthée, 2004, 304 p.
- Christophe BIER, *Censure-moi. Histoire du classement X en France*, L'Esprit frappeur, 2000, 199 p.
- Maurice BLANCHOT, *La communauté inavouable*, Éditions de Minuit, 1983, 93 p.

Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française, Livre I, Chapitre V, « De la puissance seigneuriale, et s'il faut souffrir les esclaves en la République bien ordonnée », 1986, 1700 p.

Luc BOLTANSKI, *La Condition fœtale. Une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, Nrf Essais, 2004, 432 p.

Jorge Luis BORGES, *Enquêtes*, Nrf, Gallimard, Du monde entier, 1986, 240 p.

Jorge Luis BORGES, *Fictions*, Gallimard, Folio, 1967, 187 p.

Jacques Bénigne BOSSUET, *De l'éminente dignité des pauvres*, prés. par Alain Supiot, Fayard/Mille et une nuits, La Petite Collection, 2015, 72 p.

Alexia BOUCHERIE, *Troubles dans le consentement. Du désir partagé au viol : ouvrir la boîte noire des relations sexuelles*, François Bourin, 2019, 184 p.

Patrick BOUMARD, Georges LAPASSADE, *Le mythe de l'identité : Apologie de la dissociation*, Economica, Anthropologie, 2006, 168 p.

Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Seuil, col. Points essais, 2014, 192 p.

Pierre BOURDIEU, *Réponses*, Seuil, Libre examen politique, 1992, 267 p.

Jean BOUTIER, Jean-Claude PASSERON, Jacques REVEL (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, EHESS, Enquête, 2006, 260 p.

Jacques BOUVERESSE, *Le Mythe de l'intériorité - Expérience, signification et langage privé chez Wittgenstein*, Les Éditions de Minuit, Critique, 1987, 736 p.

Jacques BOUVERESSE, *Essais IV. Pourquoi pas des philosophes ?*, Marseille, Agone, Banc d'essais, 2004, 292 p.

Monseigneur BOUVIER, *Manuel secret des confesseurs*, préface d'Emmanuel Pierrat, Arléa, Les licenciés, 1999, 155 p.

Bertolt BRECHT, *Théâtre complet, L'exception et la règle*, Théâtre complet, t. 1, L'Arche, 1956, 211 p.

Luc BRISSON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les Belles Lettres, 1997, 188 p.

Judith BUTLER, *La vie psychique du pouvoir : l'assujettissement en théories*, Léo Scheer, Non & Non, Philosophie, 2002, 309 p.

Judith BUTLER, *Le récit de soi*, PUF, Pratiques théoriques, 2007, 140 p.

Judith BUTLER, *Trouble dans le genre*, La Découverte, Poche, 2006, 281 p.

- Albert CAMUS, *Le premier homme*, Gallimard, Folio, 2016, 380 p.
- Georges CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, 1966, 290 p.
- Georges CANGUILHEM, *La connaissance de la vie*, Vrin, Les philosophiques, 2015, 253 p.
- Bernard CARNOIS, *La cohérence de la doctrine kantienne de la liberté*, Seuil, 1973, 220 p.
- Ernst CASSIRER, *La philosophie des formes symboliques, 1. Le langage*, Les éditions de minuit, 1972, 352 p.
- Pierre CASSOU-NOGUÈS, Pascale GILLOT (éd.), *Le concept, le sujet et la science - Cavaillès, Canguilhem, Foucault*, Vrin, Problèmes & Controverses, 2009, 280 p.
- Cornélius CASTORIADIS, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, Points Essais, 1999, 540 p.
- Jean-Pierre CHANGEUX, Paul RICŒUR, *La Nature et la Règle - Ce qui nous fait penser*, Odile Éditions, 1998, 352 p.
- René CHAR, *Paris et mystère*, Gallimard, Poésie, 1967, 224 p.
- Hélène CHAUCHAT, Annick DURAND-DELEVIGNE, *De l'identité du sujet au lien social : L'étude des processus identitaires*, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1999, 304 p.
- Christiane CHAUVIRÉ, Sandra LAUGIER et Jean-Jacques ROSAT (dir.), *Wittgenstein : les mots de l'esprit. Philosophie de la psychologie*, Vrin, Problèmes & Controverses, 2001, 376 p.
- Émile CIORAN, *Le mauvais demiurge*, Gallimard, Nrf Essais, 1969, 192 p.
- Émile CIORAN, *Écartèlement*, Gallimard, Nrf Essais, 1979, 184 p.
- Yves CITTON, *Impuissances. Défaillances masculines et pouvoir politique de Montaigne à Stendhal*, Aubier, 1993, 418 p.
- Pierre CLASTRES, Jean MALAURIE, *Chronique des indiens Guayaki. Les indiens du Paraguay, une société nomade contre l'État*, Pocket, 2001, 320 p.
- Jean COCTEAU, *La difficulté d'être*, Éditions du Rocher, Alphée, 1999, 224 p.
- Sidonie Gabrielle COLETTE, *La retraite sentimentale*, Gallimard, Folio, 1972, 256 p.
- Raewyn CONNELL, *Masculinités : Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Amsterdam, 2014, 288 p.
- Benjamin CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes. Écrits politiques*, Fayard, Mille et une Nuits, La petite collection, 2010, 59 p.

Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE et Georges VIGARELLO, *Histoire de la virilité, t. III, La virilité en crise ?* Seuil, Points Histoire, 2015, 592 p.

Alain CORBIN, Jean-Jacques COURTINE, Georges VIGARELLO, *Histoires du corps : De la renaissance aux lumières*, 2016, Points, 624 p.

Jean-Jacques COURTINE (dir.), *Histoire du corps : Les mutations du regard. Le XX^{ème} siècle*, Éditions du Seuil, Histoire, 2006, 551 p.

Boris CYRULNIK, in Edgar MORIN et Boris CYRULNIK, *Dialogue sur la nature humaine*, L'Aube-intervention, 2000, 96 p.

Pierre DARMON, *Le tribunal de l'impuissance. Virilité et défaillances conjugales dans l'ancienne France*, Seuil, L'Univers historique, 1979, 310 p.

Pascal DAVID, *Essai sur Heidegger et le Judaïsme. Le nom et le nombre*, Éditions du Cerf, 2015, 280 p.

Donald DAVIDSON, *Enquêtes sur la vérité et l'interprétation*, Nîmes, Éditions Jacqueline Chambon, 1993, 415 p.

Thomas De KONINCK, *La dignité humaine*, PUF, Quadrige, 2002, 256 p.

Gilles DELEUZE, *Deux régimes de fous, Textes et entretiens 1975-1995*, Édition préparée par David Poujade, Les Éditions de minuit, 2003, 383 p.

Gilles DELEUZE, *Foucault*, Les Éditions de Minuit, Reprise, 2004, 143 p.

Gilles DELEUZE, *L'anti-Œdipe : Capitalisme et schizophrénie*, Les Éditions de Minuit, 1972, 493 p.

Gilles DELEUZE, *La philosophie critique de Kant*, PUF, Quadrige / Grands textes, 2004, 108 p.

Gilles DELEUZE, *Le Bergsonisme*, PUF, Quadrige, 1966, 123 p.

Gilles DELEUZE, *Logique du sens*, Éditions de Minuit, Critiques, 1969, 361 p.

Gilles DELEUZE, Félix GUATTARI, *L'Anti-Œdipe. Capitalisme et schizophrénie*, Éditions de Minuit, Critique, 1972, 496 p.

Gilles DELEUZE, Félix GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Éditions de Minuit, Critique, 1980, 645 p.

Gilles DELEUZE, Claire PARNET, *Dialogues*, Flammarion, Champs Essais, 2008, 187 p.

Jacques DERRIDA, *La voix et le phénomène*, PUF, 1967, p. 75.

- René DESCARTES, *Discours de la méthode*, GF-Flammarion, Philosophie, 2016, 190 p.
- René DESCARTES, *Méditations métaphysiques*, GF-Flammarion, Philosophie, 1992, 569 p.
- René DESCARTES, *Principes de la philosophie*, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 1966, 1421 p.
- René DESCARTES, *Traité de l'homme* (1648), Flammarion, GF, 2018, 544 p.
- Vincent DESCOMBES, *Le complément de sujet. Enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Gallimard, nrf Essais, 2004, 540 p.
- Vincent DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*, Gallimard, Nrf essais, 2013, 280 p.
- Virginie DESPENTES, *King Kong Théorie*, Grasset & Fasquelle, 2006, 158 p.
- Vinciane DESPRET, Isabelle STENGERS, *Les faiseuses d'histoires. Que font les femmes. Que font les femmes à la pensée ?*, La Découverte, Les Empêcheurs de penser en rond, 2001, p.
- Christine DÉTREZ, *La construction sociale du corps*, Seuil, Points, Essais, 2002, 257 p.
- Auguste DE VILLIERS DE L'ISLE-ADAM, *L'Ève future*, Gallimard, Folio classique, 1993, 448 p.
- John DONNE (1572-1631), *The Poems of John Donne, "An Anatomy of the World - Of the Progress of the Soul - The Second Anniversary"*, 1896, Elegy on Mistress Elizabeth Drury, II, 528 vers.
- Elsa DORLIN, *L'évidence de l'égalité des sexes. Une philosophie oubliée du 17^{ème} siècle*, L'Harmattan, Bibliothèque du féminisme, 2001, 160 p.
- François DOSSE, *Gilles Deleuze, Félix Guattari*, La Découverte, Poche Sciences, 2009, 644 p.
- Fedor Mikhaïlovitch DOSTOÏEVSKI, *Les frères Karamazov*, Le livre de poche, Classiques, 1994, 915 p.
- Claude DUBAR, *La crise des identités*, PUF, Le lien social, 2010, 256 p.
- Claude DUBAR, *La socialisation. Construction des identités sociales et professionnelles*, Armand Colin, Collection U, 2015, 256 p.
- Delphine DULONG, Christian GUIONNET et Érik NEVEU (dir.), *Boys don't cry ! Les coûts de la domination masculine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, 330 p.
- Louis DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Seuil 1993, 310 p.
- Émile DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, 7^{ème} éd., 2007, 416 p.

Mireille EBERHARD, Jacqueline LAUFER, Dominique MEURS, Frédérique PIGEYRE, Patrick SIMON, *Genre et discriminations*, Éditions iXe, 2017, 242 p.

Norbert ELIAS, *La société des individus*, Pocket, Évolutions, 1998, 301 p.

John ELSTER, *Le Désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, I, Le Seuil, Les livres du nouveau monde, 2009, 384 p.

Didier ERIBON, *Écrits sur la psychanalyse*, Fayard, Histoire de la Pensée, 2019, 304 p.

Didier ERIBON, *La société comme verdict. Classes, identités, trajectoires*, Flammarion, Champs Essais, 2014, 254 p.

Michel ERLICH, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, L'Harmattan, 1986, 320 p.

Jeffrey EUGENIDES, *Middlesex*, Seuil, Points, 2004, 656 p.

France FARAGO, *Le langage*, Armand Colin, Cursus, 2004, 190 p.

Didier FASSIN et Dominique MEMMI (dir.), *Le gouvernement des corps*, Collectif, Éditions de l'EHESS, Cas de figure, 2004, 269 p.

Didier FASSIN, Richard RECHTMAN, *L'empire du traumatisme. Enquête sur la condition de victime*, Flammarion, 2007, 452 p.

FÉNELON, *Œuvres philosophiques*, Charpentier, 1843, 483 p.

Stéphane FERRET (dir.), *L'identité*, Flammarion, GF Corpus, 2011, 239 p.

Alain FINKIELKRAUT, *L'identité malheureuse*, Stock 2013, 240 p.

Helen FISHER, *Histoire naturelle de l'amour*, Hachette Littératures, Pluriel, 2008, 453 p.

François FLAHAULT, *Le crépuscule de Prométhée. Contribution à une histoire de la démesure humaine*, Essai, Mille et une nuits, 2008, 290 p.

Dominique FOLSCHIED, Brigitte FEUILLET-LE MINTIER, Jean-François MATTÉI, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, PUF, Thémis, Philosophie, 1997, 616 p.

Michaël FOESSEL, *La privation de l'intime*, Seuil, Débats, 2008, 160 p.

Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie*, Plon, 10/18, 1961, 309 p.

Michel FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Tel, 2008, 294 p.

Michel FOUCAULT, *Les mots et les choses, Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Bibliothèque des Sciences humaines, 1966, 404 p.

- Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, Tel, 1975, 360 p.
- Michel FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, Tel, 1972, 688 p.
- Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, 1994, 248 p.
- Michel FOUCAULT, *Les anormaux - Cours au collège de France 1974-1975*, Gallimard/Le Seuil, Hautes Études, EHESS, 1999, 356 p.
- Michel FOUCAULT, *Dits et Écrits*, Gallimard, Quarto, 2001, 1736 p.
- Michel FOUCAULT, *Le corps utopique, Les Hétérotopies*, Lignes, 2009, 64 p.
- Michel FOUCAULT, *Leçons sur la volonté de savoir. Cours au Collège de France 1970-1971*, Gallimard/Le Seuil, Hautes Études, EHESS, 2011, 336 p.
- Michel FOUCAULT, *Théories et institutions pénales - Cours au Collège de France, 1971-1972*, Gallimard, Hautes Études, EHESS, Seuil, 2015, 352 p.
- Béatrice FRAENKEL, *La signature : genèse d'un signe*, Gallimard, Nrf, 1992, 336 p.
- Geneviève FRAISSE, *Le consentement*, Seuil, 2007, 150 p.
- Hans-Georg GADAMER, *Vérité et méthode - Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Seuil, L'ordre philosophique, 1996, 544 p.
- Marcel GAUCHER, *L'inconscient cérébral*, Seuil, La Librairie du XXI^e siècle, 1992, 224 p.
- Olivia GAZALÉ, *Le mythe de la virilité. Un piège pour les deux sexes*, Robert Laffont, Agora, 2017, 523 p.
- Gérard GENETTE, *Codicille*, Seuil, 2009, 324 p.
- Philippe GÉRARD, *Actualité de la pensée de Jeremy Bentham*, Philippe GÉRARD, François OST & Michel Van DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 740 p.
- Etienne GILSON, *Introduction aux arts du beau*, P Vrin, Essais d'art et de philosophie, 1998, 278 p.
- René GIRARD, *Géométries du désir*, L'Herne, Carnets de l'Herne, 2011, 218 p.
- Jacques GODBOUT, *Ce qui circule entre nous. Donner, recevoir, rendre*, Le Seuil, La couleur des idées, 384 p.

Maurice GODELIER, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Albin Michel, Bibliothèque Idées, 2007, 292 p.

Maurice GODELIER, *L'énigme du don*, Fayard, 1996, 315 p.

Maurice GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Flammarion, Champs Essais, 2010, 949 p.

Erving GOFFMAN, *La mise en scène de la vie quotidienne. 1 : La présentation de soi*, Les Éditions de Minuit, Le sens commun, 1973, 256 p.

Erwin GOFFMAN, *L'arrangement entre les sexes*, La Dispute, 2002, 115 p.

Stephen GREENBLATT, *Quattrocento. 1417. Un grand humaniste florentin découvre un manuscrit perdu qui changera le cours de l'histoire*, Flammarion, Libres champs, 2015, 381 p.

Phyllis GROSSKURTH, *Freud, L'anneau secret*, PUF, 1995, Histoire de la psychanalyse, 1995, 296 p.

Benoîte GROULT, *Ainsi soit-elle*, Le livre de poche, Littérature & Documents, 1977, 219 p.

Jean-Pierre GUTTON, *Établir l'identité : l'identification des français du moyen-âge à nos jours*, Presses Universitaires de Lyon, 2010, 212 p.

Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, tome 1, Fayard, 1987, 450 p.

Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, Pour une critique de la raison fonctionnaliste*, tome 2, Fayard, 1987, 480 p.

Jürgen HABERMAS, *Le discours philosophique de la modernité. Douze conférences*, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 1988, 484 p.

Catherine HALPERN (dir.), *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, Éditions Sciences Humaines, Ouvrages de synthèse, 2016, 351 p.

Ross HARRISON, *Bentham*, London, Boston, Melbourne and Henley, Routledge & Kegan Paul, The Arguments of the Philosophers, 1983, 286 p.

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Phénoménologie de Esprit*, Gallimard, nrf, Bibliothèque de Philosophie, 1993, 928 p.

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, Gallimard, Tel, 1989, 347 p.

Martin HEIDEGGER, *Être et temps*, Gallimard, Œuvres de Martin Heidegger, section 1, 1986, 587 p.

Nathalie HEINICH, *Ce que n'est pas l'identité*, Gallimard, le Débat, 2018, 144 p.

Claude-Adrien HELVÉTIUS, *De l'Esprit*, Durand, 1758, 643 p.

HÉRACLITE, *Fragments*, Flammarion, GF, 2018, 384 p.

Laurence HÉRAULT (dir.), *La parenté transgenre*, PUF, Penser le genre, 2014, 142 p.

Françoise HÉRITIER, *Hommes/Femmes. La construction de la différence*, Le Pommier, le collège de la cité, 2010, 191 p.

Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin I : La pensée de la différence*, Odile Jacob, 2012, 326 p.

Françoise HÉRITIER, *Masculin/féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, Odile Jacob, 2012, 441 p.

Jeanne HERSCH, *L'étonnement philosophique*, Gallimard, Folio essais, 1993, 464 p.

Thomas HOBBS, *Léviathan*, Folio, Folio Essais, 1024 p.

Thierry HOQUET, *Des sexes innombrables. Le genre à l'épreuve de la biologie*, Le Seuil, Science ouverte, 2016, 256 p.

Victor HUGO, *Les travailleurs de la mer*, tome I, Nelson, 1935, 370 p.

Edmund HUSSERL, *Méditations cartésiennes : introduction à la phénoménologie*, Vrin, 1947, 136 p.

Edmond HUSSERL, *Leçons pour une phénoménologie de la conscience intime du temps*, PUF, Epiméthée, 1996, 224 p.

Edmond HUSSERL, *Recherches logiques*, t. 2, deuxième partie, PUF, 1970, 400 p.

Aldous HUXLEY, *Le meilleur des mondes*, Pocket, 2002, 284 p.

Jean HYPPOLITE, *Introduction à la philosophie de l'histoire de Hegel*, Seuil, Points, 1983, 124 p.

Jeanne HYVRARD, *La meurtritude*, Éditions de Minuit, 1977, 147 p.

Kazuo ISHIGURO, *Auprès de moi toujours*, Folio, Gallimard, Folio, 2015, 448 p.

Yvan JABLONKA, *Des hommes justes*, Le Seuil, Les Livres du nouveau monde, 2019, 448 p.

Maryse JASPARD, *Sociologie des comportements sexuels*, La Découverte, Repères, 2017, 128 p.

Stephen JAY-GOULD, *La mal mesure de l'homme*, Odile Jacob, 1997, 498 p.

Henri-Pierre JEUDY, *Le corps comme objet d'art*, Armand Colin, 1998, 168 p.

Béatrice JOUSSET-COUTURIER, *Le transhumanisme : faut-il avoir peur de l'avenir ?*, Eyrolles, Essais, 2016, 188 p.

François JULLIEN, *Les transformations silencieuses. Chantiers, I*, Le Livre de Poche, Biblio Essais, 2010, 160 p.

Ernst JÜNGER, *Le cœur aventureux*, Gallimard, L'imaginaire, 1969, 237 p.

Franz KAFKA, *La Colonie pénitentiaire et autres récits*, Gallimard, NRF, Du Monde entier, 1948, 192 p.

Franz KAFKA, *Le procès*, Presse Pocket, 1983, 284 p.

Emmanuel KANT, *Anthropologie du point de vue pragmatique (1797)*, trad. Michel Foucault, Vrin, Biblio Textes Philosophiques, 1994, 180 p.

Emmanuel KANT, *Critique de la raison pure*, Garnier-Flammarion 1987.

Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs (1785)*, Le Livre de Poche, Classiques de la philosophie, 1993, section II, 252 p.

Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs, Tome 2, Doctrine du droit - Doctrine de la vertu*, 1797, Introduction à la Doctrine de la vertu, XIIb, Flammarion, 1999, 411 p.

Ernst KANTOROWICZ, trad.), *Les deux corps du roi*, Gallimard, Nrf, 1989, 634 p.

Francis KAPLAN, *L'embryon est-il un être vivant ?*, Éditions du Félin, 2008, 98 p.

Jean-Claude KAUFMANN, *Ego. Pour une sociologie de l'individu*, Nathan Université, 2001, 288 p.

Jean-Claude KAUFMANN, *Identités, La bombe à retardement*, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2014, 79 p.

Jean-Claude KAUFMANN, *L'invention de soi. Une théorie de l'identité*, Fayard, Pluriel, 2010, 352 p.

Jean-Claude KAUFMANN, *Quand je est un autre. Pourquoi et comment ça change en nous*, Fayard, Pluriel, 2012, 252 p.

Édouard KLEINPETER, *L'humain augmenté*, CNRS, Les essentiels d'Hermès, 2013, 224 p.

Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Tel, 1981, 588 p.

Alexandre KOJÈVE, *La notion de l'autorité*, Nrf, Gallimard, Bibliothèque des Idées, 2004, 204 p.

Jacques KOUKAM, *Les dogmes de l'universalité*, Université européenne, 2012, 172 p.

Milan KUNDERA, *L'insoutenable légèreté de l'être*, Gallimard, Folio, Translation, 1990, 476 p.

Henri LABORIT, *Dieu ne joue pas aux dés*, Grasset, 1987, 234 p.

Jules LACHELIER, *Psychologie et métaphysique*, Fayard, Corpus des œuvres de philosophie en langue française 1993, 179 p.

Dominique LACOUT, *Léo Ferré*. Préface de Léo Ferré, Éditions Sévigny, Variétés, 1991, 411 p.

Sébastien LAOUREUX, « *L'instant de la décision est une folie* », *Derrida lecteur de Kierkegaard*, in *Kierkegaard et la philosophie française : Figures et réceptions* (en ligne). Louvain-la-Neuve : Presses universitaires de Louvain, 2014 (généré le 18 mars 2018). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pucl/2379>>. ISBN : 9782875586285.

Jean LARGEAULT, *L'intuitionnisme*, PUF, Que sais-je ?, 1992, 125 p.

Charles LARMORE, Vincent DESCOMBES, *Dernières nouvelles du Moi*, PUF, Quadrige, Essais Débats, 192 p.

Peggy LARRIEU, *Mythes grecs et droit : Retour sur la fonction anthropologique du droit*, Presses Université de Laval, Dikè, 2017, 255 p.

Bernard LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des Modernes*, La Découverte, 2012, 504 p.

Louis LAVELLE, *La parole et l'écriture*, Éditions du Félin, Félin poche, 1942, 222 p.

David LE BRETON, *Anthropologie de la douleur*, Métailié, Traversées, 1995, 238 p.

David LE BRETON, *Anthropologie du corps et modernité*, PUF, 1990, 263 p.

David LE BRETON, *Corps et sociétés, Essai de sociologie et d'anthropologie du corps*, Méridiens Klincksieck, 1991, 230 p.

David LE BRETON, *L'adieu au corps*, Métailié, Suite essais, 2013, 244 p.

David le BRETON, *La Chair à vif. De la leçon d'anatomie aux greffes d'organes*, Métailié, 2008, 368 p.

David LE BRETON, *La peau et la trace : sur les blessures de soi*, Métailié, Traversées, 2003, 144 p.

David LE BRETON, *La sociologie du corps*, PUF, Que sais-je, 2016, 128 p.

David LE BRETON, *Signe d'identité - Tatouages, piercing et autres marques corporelles*, Métailié, Traversées, 2002, 228 p.

David LE BRETON, *Sociologie du risque*, PUF, Que sais-je ?, 2012, 128 p.

Geoffroy de LAGASNERIE, *Juger, L'État pénal face à la sociologie*, Fayard, À venir, 2016, 298 p.

Pierre LÉVY, *L'intelligence artificielle : Pour une anthropologie du cyberspace*, La Découverte, 1997, 178 p.

Claude LÉVI-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Poche, Évolution, 2003, 480 p.

Claude LÉVI-STRAUSS, *Le Cru et le Cuit*, Plon, 1964, 402 p.

Claude LÉVI-STRAUSS, *La Pensée sauvage*, Plon, Pocket, coll. Agora, 2017, 349 p.

Claude LÉVI-STRAUSS, *Tristes tropiques*, Plon, 1984, 504 p.

Claude LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, 1967, 590 p.

Primo LEVY, *Si c'est un homme*, Julliard, 1987, 320 p.

Emmanuel LEVINAS, *Totalité et infini, essai sur l'extériorité*, Le livre de Poche, Biblio essais, 1990, 346 p.

Emmanuel LEVINAS, *Théorie de l'intuition dans la phénoménologie de Husserl*, Vrin, Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 2001, 224 p.

Jean-François LYOTARD, *La condition postmoderne, Rapports sur le savoir*, Éditions de Minuit, Critique, 1979, 109 p.

John LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil* (1690), trad. Bernard Gilson, Vrin, 1977, 255 p.

John LOCKE, *Identité et différence - L'invention de la conscience*, Seuil, Points Essais, 1998, 325 p.

Pierre LOUÏS, Jean-Paul Goujon (préf.), *L'Œuvre érotique*, Bouquins, 2019, 1088 p.

Jacques LUSSEYRAN, *Et la lumière fut*, Gallimard, Folio, 2005, 430 p.

Pierre MACHEREY, *De Canguilhem à Foucault, la force des normes*, La fabrique éditions, 2009, 140 p.

- Louis MARIN, *Le récit est un piège*, Éditions de Minuit, 1978, 145 p.
- Ernest MARTIN, *Histoire des monstres depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Hachette, BNF (éd. 1880), 2012, 423 p.
- Danilo MARTUCELLI, *Grammaires de l'individu*, Gallimard, Folio, 2002, 720 p.
- Karl MARX et Friedrich ENGELS, *L'idéologie allemande*, (1845), Éditions Sociales, Classiques du marxisme, 1974, 143 p.
- Michela MARZANO, *La philosophie du corps*, PUF, Que sais-je ?, 2013, 128 p.
- Michela MARZANO, *L'éthique appliquée*, PUF, Que sais-je ?, 2018, 128 p.
- Michela MARZANO, *Penser le corps*, PUF, Questions d'éthique, 2014, 181 p.
- Sacher MASOCH, *La Vénus à la fourrure*, Garnier, Les grands classiques de la littérature libertine, 2011, 250 p.
- Marcel MAUSS, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, Quadrige, 2012, 252 p.
- Marcel MAUSS, *Sociologie et anthropologie*, PUF, Quadrige, 9^{ème} édition, 2002, 544 p.
- Claire MAXIMOVA, *La tyrannie du silence. J'étais carmélite et un prêtre m'a violée*, Cherche Midi, 2019, 352 p.
- Dominique MEMMI, *La revanche de la chair, Essai sur les nouveaux supports de l'identité*, Seuil, La Couleur des idées, 2014, 288 p.
- Dominique MEMMI, *Les Gardiens du corps. Dix ans de magistère bioéthique*, Éditions de l'EHESS, 1996, 254 p.
- Dominique MEMMI, Dominique GUILLO et Olivier MARTIN (dir.), *La tentation du corps*, Collectif, Éditions de l'EHESS, Cas de figure, 2009, 276 p.
- Philippe MENGUE, *Gilles Deleuze ou le système du multiple*, Kimé, 1994, 311 p.
- Maurice MERLEAU-PONTY, *La structure du comportement*, PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 3^{ème} éd., 1953, 248 p.
- Maurice MERLEAU-PONTY, *L'union de l'âme et du corps chez Malebranche, Bira, et Bergson*, Vrin, 1997, 152 p.
- Maurice MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Gallimard, Tel, 1976, 560 p.
- Sylvie MESURE, Alain RENAUT, *Alter ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Aubier, 1999, 305 p.

Régis MEYRAND, Valéry RASPLUS, *Les pièges de l'identité culturelle*, Berg international éditeurs, 2014, 125 p.

Yves MICHAUD, *Qu'est-ce que la vie Psychique ?*, Éditions Odile Jacob, Université de Tous les Savoirs, 2002, 220 p.

John Stuart MILL, *L'utilitarisme*, Flammarion, Champs classiques, 1988, 181 p.

Robert MISRAHI, *Les figures du moi et la question du sujet depuis la Renaissance*, Armand Colin, Prépas Philosophie, 1996, 181 p.

Marie-José MONDZAIN, *Homo Spectator*, Bayard Culture, 2013, 300 p.

Michel de MONTAIGNE, *Journal de voyage*, in *Les Essais*, texte établi par Pierre VILLEY et Verdun Léon SAULNIER, PUF, 1965, 1504 p.

Michel de MONTAIGNE, *Les essais*, Arléa, 2002, 806 p.

Edgar MORIN, *La complexité humaine*, Champs Essais, Flammarion, 1994, 380 p.

Edgar MORIN, *La méthode. 5. L'humanité de l'humanité. L'identité humaine*, Seuil, 2001, 267 p.

Edgar MORIN, *Le paradigme perdu : la nature humaine*, Essais, Points, 246 p.

Haruki MURAKAMI, *Kafka sur le rivage*, 10 X 18, Littérature étrangère, 2011, 648 p.

Laure MURAT, *Une révolution sexuelle ? Réflexions sur l'après-Weinstein*, Stock, Puissance des femmes, 2018, 164 p.

Robert MUSIL, *L'homme sans qualité*, T 1, Le Seuil, Le Don des langues, 2004, 752 p.

Jean-Luc NANCY, *Le sens du monde*, Galilée, La philosophie en Effet, 1993, 255 p.

Jean-Luc NANCY, *Être singulier pluriel*, Galilée, 1996, 211 p.

Jean-Luc NANCY, *La communauté désœuvrée*, Christian Bourgois, 2004, 292 p.

Marella NAPPI, *Professionnelles de l'amour. Antiques et impudiques*, Les Belles lettres, 2009, 358 p.

Joan NESTLE, Clare HOWELL, Riki WILCHINS (dir.), *GenderQueer: Voices From Beyond the Sexual Binary*, New York, Alyson Books, 2002, 304 p.

Friedrich NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Le livre de Poche, Les Classiques de Poche, 1972, 416 p.

Friedrich NIETZSCHE, *Fragments posthumes, 1885*, Gallimard, tome IX, 1988, 616 p.

Friedrich NIETZSCHE, *La volonté de puissance* (1866), Gallimard, tome 1, livre I, 1947, 350 p.

Friedrich NIETZSCHE, *Le crépuscule des idoles*, Gallimard, Folio Essais, 1974, 153 p.

Friedrich NIETZSCHE, VII, 3, 38, *Œuvres philosophiques complètes, VII : Par-delà bien et mal - La Généalogie de la morale*, traduit de l'allemand par Jean Gratien, Cornélius Heim, et Isabelle Hildenbrand, Gallimard, 1971, 408 p.

Charles Kay OGDEN, *Bentham's Theory of Fictions*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., International Library of Psychology, Philosophy and Scientific Method, 1932, 161 p.

Charles Kay OGDEN « Bentham's theory of Language », in *From Bentham to basic English*, ed. W. Terrence Gordon, London, Routledge, Thoemmes Press, 1994, 363 p.

Ruwen OGIEN, *Le corps et l'argent*, La Musardine, L'attrape-corps, 2010, 150 p.

Ruwen OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, Questions d'éthique, 2019, 186 p.

Michel ONFRAY, *Le crépuscule des idoles*, Grasset, Essai français, 2010, 624 p.

ORLAN, *De l'art charnel au baiser de l'artiste*, Jean-Michel Place et fils, Sujet, 1997, 68 p.

Amos OZ, *Seule la mer*, Folio, 2005, 272 p.

Claude PANACCIO, *Qu'est-ce qu'un concept ?*, Vrin, Chemins philosophiques, 2011, 124 p.

Alexandra PAPAGEORGIOU-LEGENDRE, *Leçons IV suite 2, Filiation. Fondement généalogique de la psychanalyse*, Fayard, 1990, 235 p.

Ambroise PARÉ, *Des monstres et des prodiges*, Gallimard, Folio classique, 2015, 288 p.

Blaise PASCAL, *Pensées*, Gallimard, Folio Classique, 2004, 912 p.

Jan PATOCKA, *Le monde naturel et le mouvement de l'existence humaine*, Kluwer academic publisher, London, & Facultés Universitaires Saint-Louis, Brussels, 1988, 276 p.

Octavio PAZ, *Conjonctions et disjonctions*, Gallimard, NRF Essais, 1971, 176 p.

Georges PEREC, *Penser/Classer*, Points, Points Essais, 2015, 208 p.

Jean-Marc PÉTILLON, Christophe DARMANGEAT, *Histoire et préhistoire de la domination masculine*. Parcours. Cahiers du GREP Midi-Pyrénées, GREP MP, 2018, 57, pp. 97-125.

Pierre PIAZZA, *L'histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, Histoire et document, 2004, 462 p.

- Jean-Claude PICARD, *La fabuleuse histoire du clitoris*, H&O éditions, 2013, 189 p.
- Emmanuel PICAUVET, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, PUF, Philosophies, 1^{ère} éd., 2000, 132 p.
- Monique PINÇON-CHARLOT et Michel PINÇON, *Dans les beaux quartiers*, Seuil, L'Épreuve des faits, 1989, 254 p.
- Marie-Geneviève PINSART (dir.), *Narration et identité - De la philosophie à la bioéthique*, Collectif, Vrin, Pour demain, 2009, 176 p.
- Helmuth PLESSNER, *Laughing and Crying*, (1961), London, Evanston, 1970, 172 p.
- Gabrielle POESCHL et Jean VIAUD, et Collectif, *Images de la mondialisation : La construction sociale d'une représentation*, Rennes, PUR, 2008, 210 p.
- Martial POIRSON (dir.), *Combattantes, une histoire de la violence féminine en occident*, Le Seuil, 2020, 264 p.
- Thomas PRADEU, Edgardo D. CAROSSELLA, Bertrand SAINT-SERNIN, Claude DEBRU, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, Science histoire et société, 2006, 174 p.
- Thomas PRADEU, *Les limites du soi. Immunologie et identité biologique*, Vrin, Analytiques, 2010, 396 p.
- Marcel PROUST, *Albertine disparue*, Gallimard, Folio classique, 1990, 364 p.
- Philippe QUÉAU, *Le virtuel : Vertus et vertiges*, Champ Vallon Éditions, Milieux, 1993, 215 p.
- Willard Van Orman QUINE, *Le mot et la chose*, Flammarion, Champs, 1999, 399 p.
- Jean RACINE, *Phèdre*, Larousse, Petits Classiques, 2016, 176 p.
- André RAUCH, *Histoire du premier sexe. De la révolution à nos jours*, Hachette Littératures, Pluriel Sociologie, 2006, 646 p.
- André RAUCH, *Le premier sexe : Mutations et crise de l'identité masculine*, Fayard, Divers Histoire, 2013, 300 p.
- Paul RICŒUR, *Temps et Récit, t. I. L'intrigue et le récit historique*, Seuil, Points, Essais, 1983, 404 p.
- Paul RICŒUR, *Temps et Récit, t. II, La configuration dans le récit de fiction*, Seuil, Point, Essais, 1984, 240 p.
- Paul RICŒUR, *Temps et récit, t. III. Le Temps raconté*, Seuil, Points, Essais, 1985, 533 p.

- Paul RICŒUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Seuil, Points, Essais, 1995, 600 p.
- Paul RICŒUR, *Le Juste*, Seuil, Esprit, Philosophie, 1995, 223 p.
- Paul RICŒUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique. Tome 2*, Seuil, Point Essais, 1998, 452 p.
- Paul RICOEUR, *Le Juste 2*, Revue Esprit, Philosophie, 2001, 300 p.
- Paul RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Seuil 2004, 676 p.
- Paul RICŒUR, *Philosophie de la volonté, t. I. Le volontaire et l'involontaire*, Seuil, Points, Essais, 2009, 617 p.
- Paul RICŒUR, *Philosophie de la volonté, t. II. Finitude et culpabilité*, Aubier, Philosophies, 1993, 492 p.
- Paul RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, Point, Essais, 1990, 421 p.
- Rainer Maria RILKE, *Lettres à un jeune poète*, Gallimard, Poésie, 1993, 192 p.
- Nathalie ROBATEL (dir.), *Le citoyen fou*, PUF, Nouvelle Encyclopédie Diderot, 1991, 297 p.
- Nancy ROSENBLUM, *Bentham's Theory of the Modern State*, Cambridge, Mass., London, Harvard University Press, coll. Harvard Political Studies », 1978, 169 p.
- Clément ROSSET, *Loin de moi, étude sur l'identité*, Les Éditions de Minuit, 1999, 96 p.
- Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, GF, 2011, 255 p.
- Gayle RUBIN, *Surveiller et jouir. Anthropologie politique du sexe*, Epel, Les grands classiques de l'érotologie moderne, 2010, 484 p.
- Julie SAADA, *Hobbes et le sujet du droit*, CNRS Éditions, 2010, 250 p.
- Dany SALOMÉ, *Je suis né ni fille ni garçon*, Eyrolles, Histoire de vie, L'intersexuation, 2011, 142 p.
- Jean-Paul SARTRE, *L'Être et le Néant. Essai d'ontologie phénoménologique*, Gallimard, Folio, 1945, 675 p.
- Ferdinand de SAUSSURE, *Écrits de linguistique générale*, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2002, 353 p.
- Ferdinand de SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, Grande bibliothèque Payot, 1995, 520 p.

Dominique SCHNAPPER, *La compréhension sociologique : Démarche de l'analyse*, PUF 2012, p. 129.

Gabriel SÉAILLES, *La philosophie de Charles Renouvier : introduction à l'étude du néo-criticisme*, Hachette, Philosophie, 2013, 448 p.

Amartya SEN, *Identité et violence*, Odile Jacob, 2015, 288 p.

Jean SÉNAC, *Ébauche du père*, Gallimard, Blanche, 1989, 180 p.

Lucien SÈVE, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, Philosophie, 1994, 416 p.

Joan Wallach SCOTT, *La citoyenneté paradoxale. Les féministes et les droits de l'homme*, Albin Michel, Bibliothèque Albin Michel Histoire, 1998, 304 p.

William SHAKESPEARE, *Le Marchand de Venise*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Œuvres complètes, tome I, 1959, 1710 p.

William SHAKESPEARE, *Othello*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Œuvres complètes, tome II, 1959, 1936 p.

Eric-Emmanuel SCHMIDT, *Lorsque j'étais une œuvre d'art*, Albin Michel, 2002, 294 p.

Amartya SEN, *Identité et violence*, Odile Jacob, 2015, 288 p.

François de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, PUF, Quadrige, 2002, 272 p.

François de SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, 2017, 128 p.

Baruch SPINOZA, *Traité théologico-politique*, Flammarion, Garnier Flammarion / Philosophie, 1997, 380 p.

Vanessa SPRINGORA, *Le consentement*, Grasset, 2020, 216 p.

Germaine de STAËL, *Correspondance générale, Lettres inédites à Louis de Narbonne*, 1792, éd. Jean-Jacques Pauvert, 1960, 304 p.

Philippe STEINER, *La Transplantation d'organes. Un commerce nouveau entre les êtres humains*, NRF, Gallimard, 2010, 452 p.

John STOLTENBERG, *Refuser d'être un homme : pour en finir avec la virilité*, Christine Delphy (préf.), Syllepse, 2013, 268 p.

Pierre-André TAGUIEFF, *De l'identité à l'identitaire : Un problème pour la pensée*, Hermann, 2020, 238 p.

Charles TAYLOR, *Les Sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Seuil, La Couleur des idées, 1998, 720 p.

Irène THÉRY, *Mariage et filiation pour tous : Une métamorphose inachevée*, Le Seuil, La république des idées, 2016, 128 p.

Irène THÉRY, Anne-Marie LEROYER, *Filiation, origine, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, 384 p.

Anne-Marie THIESSE, *Faire les français : quelle identité nationale ?*, Stock, Essais-Documents, 2010, 198 p.

Germaine TILLION, *Le Harem et les Cousins*, Seuil, Points, Essais, 2015, 240 p.

Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1992, 506 p.

John TORPEY, *L'invention du passeport*, Belin, Socio-Histoires, 2005, 255 p.

Priscille TOURAINÉ, *Hommes grands, femmes petites : une évolution coûteuse. Les régimes de genre comme force sélective de l'alimentation biologique*, MSH, 2008, 441 p.

Sherry TURKLE, *Life on the screen. Identity in the age of the Internet*, New York, Touchstones Edition, 1997, 352 p.

Nadine VASSEUR, *Les incertitudes du corps*, Seuil, 2004, 199 p.

Helena VELENA, *Dal cybersex al transgender. Tecnologia, identità e politiche di liberazione*, Roma, Castelvecchi, 1995, 216 p.

Pierre VIDAL-NACQUET, *Les crimes de l'armée française, 1954-1962*, La découverte, Essais, 2006, 196 p.

Geneviève VINSONNEAU *Culture et comportement*, Armand Colin, 1997, 192 p.

Geneviève VINSONNEAU, *Mondialisation et identité culturelle*, De Boeck, Le point sur ..., 2015, 140 p.

Paul VIRILIO, *L'administration de la peur*, Textuel, 2010, 94 p.

VOLTAIRE, *Pensées, remarques et observations, Œuvres complètes*, Garnier, tome 31, 604 p.

Albin WAGENER, *Le débat sur l'identité nationale : essai à propos d'un fantôme*, L'Harmattan, Questions contemporaines, 2010, 180 p.

Myriam WATTHEE-DELMOTTE et Paul-Augustin DEPROOST (dir.), *Imaginaires du mal, études réunies*, Éditions du Cerf - Presses universitaires de Louvain, Théologies, 2000, 502 p.

Ludwig WITTGENSTEIN, *Carnets (1914-1916)*, Gallimard, Les Essais, 1971, 256 p.

Patrick WOLTING, *La pensée du sous-sol*, Allia, 2016, 112 p.

B. DICTIONNAIRES

Le petit Larousse grand format, Larousse / VUEF, 2001, 1852 p.

Raymond BOUDON, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, 2011, 768 p.

Monique CANTO-SPERBER, *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Quadrige, 4^{ème} éd., 2004, 1000 p.

Olivier CHRISTIN, *Dictionnaire des concepts nomades en Sciences Humaines*, Collectif, Métailié, 2010, 461 p.

Oswald DUCROT, *Nouveau dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Seuil, Points, Essais, 1999, 817 p.

Alfred ERNOUT et Antoine MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, C. Klincksieck, 1931, 1108 p.

Jean GAYON (dir.), *L'identité. Dictionnaire encyclopédique*, Folio, 2020, 848 p.

André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige-Dicos poche, 3^{ème} éd., 2013, 1323 p.

Michela MARZANO (dir.), *Dictionnaire du corps*, PUF, Quadrige, 2007, 1048 p.

Michela MARZANO, (dir), *Dictionnaire de la violence*, PUF, Quadrige, Dicos poche, 2011, 1552 p.

Alain REY, *Dictionnaire Historique de la Langue Française. L'Origine et l'Histoire des mots racontées par Alain Rey*, Dictionnaires Le Robert, 2016, T. 1 A-L 1306 p., T. 2 M-Z 2767 p.

C. ENTRETIENS, THÈSE, MÉMOIRES

Hannah ARENDT, *Entretien avec Roger ERRERA*, ORTF, Un certain regard, 6 juillet 1974.

Driss BELLAHCÈNE, *Michel Foucault et le savoir pouvoir*, thèse de doctorat en philosophie, Université européenne, 2012, 280 p.

Norbert CAMPAGNA, *La prostitution, l'éthique et le droit*, thèse de doctorat, L'Harmattan, Ethikè, 1998, 320 p.

Michel CASTRA, *Contributions à une sociologie des pratiques professionnelles aux frontières de la vie et de la mort*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, Université de Lille I.

Gilles DELEUZE, *Leibniz*, Cours Vincennes, 15/04/1980.

Jacques KOUKAM, Stéphane Haber (dir.), *Jürgen Habermas et la problématique de l'universalité des droits de l'homme*, thèse de doctorat en philosophie, soutenue le 25 mai 2016.

D. ARTICLES

Ilse ABOUT, « Les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *Genèses*, n°54, 2004, pp. 28-52.

Jean-Pierre ALBERT, « Les rites funéraires. Approches anthropologiques », *Les cahiers de la faculté de théologie*, 1999, pp.141-152.

Judith A. ALLEN, « Des hommes interminablement en crise ? Les historiens de la masculinité, des frontières sexuelles et de la virilité », revue d'histoire radicale, n° 82, 2002, pp. 191-207.

Louis ALTHUSSER, « L'idéologie interpelle les individus en sujets », *La Pensée*, n° 151, juin 1970, 155 p.

Stéphanie ARC, « Faut-il supprimer la mention « sexe » de l'état civil ? », *CNRS Le Journal*, 27 juin 2019, consultable en ligne <https://lejournel.cnrs.fr/articles/faut-il-supprimer-la-mention-sexe-de-letat-civil>.

Thomas Walker ARNOLD, « Sociology of law », Vilhelm Aubert (ed.), Baltimore, Maryland, Penguin Books, 1969, pp. 46-51.

Henri ATLAN, « Possibilités biologiques, impossibilités sociales », in Henri Atlan, Marc Augé, Mireille Delmas-Marty, Roger-Pol Droit et Nadine Fresco, *Le Clonage humain*, Seuil, 1999, pp. 17-66.

Marina AVANZA et Gilles LAFERTE, « Dépasser la « construction des identités » ? Identification, image sociale, appartenance », *Genèses*, n°61, pp. 154-167

Jean BAECHLER, « Individualité, personnalité et identité », in Thomas PRADEU, Edgardo D. CAROSELLA, Bertrand SAINT-SERNIN, Claude DEBRU, *L'identité ? Soi et non-soi, individu et personne*, PUF, Science histoire et société, 2006, p. 88 et s.

Étienne BALIBAR, « Âme », in Barbara Cassin (dir.), *Vocabulaire européen des philosophes. Dictionnaire des intraduisibles*, Seuil et Le Robert, 2004, pp. 65-83.

Étienne BALIBAR, « Introduction, le traité lockien de l'identité », in *John Locke, Identité et différence*, Seuil, Points, Essais, 1998, p. 9 et s.

Renaud BARBARAS, « Subjectivité et intériorité » : *L'intériorité*, Rue Descartes, n° 43, 2004/1, pp. 49-57.

Jocelyn BENOIST, « La subjectivité », in Denis Kambouchner, (dir.), *Notions de philosophie, II*, Gallimard, Folio Essais, 1995, p. 501-561.

Émile BENVENISTE, « Structure des relations de personne dans le verbe », *Problèmes de linguistique générale*, Gallimard, 1966, t. I, pp. 233-235.

Rudolf BERNET, « Le sujet dans la nature. Réflexions sur la phénoménologie de la perception chez Merleau-Ponty », in Marc Richir, Étienne Tassin (dir.), *Merleau-Ponty, Phénoménologie et expériences*, Jérôme Millon, Krisis, 1992, pp. 56-77.

Pierre BIRNBAUM, « Sur les origines de la domination politique (à propos d'Étienne de la Boétie et de Pierre Clastres) », *Revue française de science politique*, 1977, n°1, p. 12.

Jorge-Luis BORGES, « Les ruines circulaires », in *Fictions*, (1951), La Pléiade, 1993, p. 480.

Laurent BORREDON, « Le “tueur du Golden State“ identifié grâce à l'ADN familial », *Le Monde*, publié en ligne le 06 août 2019 à 12h00 - Mis à jour le 16 juillet 2020 à 11h32.

Pierre BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, De quel droit ?, septembre 1986, pp. 3-19.

Pierre BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (sous la dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Droit et Société, 1991, pp. 95-99.

Jacques BUOB, « La cyberbigamie, nouvelle cause de divorce », *Le Monde*, 26-27 août 2007.
Florence CAEYMAEX, « Merleau-Ponty, philosophe de la perception », conférence tenue au Séminaire de philosophie de l'Université de Mons, le 11 novembre 2004, 10 p.

Florence de CHALONGE, « Le langage et la fiction : la description linguistique de la fiction littéraire », in Françoise LAVOCAT (dir.), *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVI-XVIII siècles)*, Rennes, PUR, Interférences, 2004, p. 17.

Patrick CHARAUDEAU, « L'interculturel, entre mythe et réalité », *Le Français dans le monde*, n° 230, pp. 1-6.

Frédéric CHAUVAUD, « L'invention des déviances sexuelles. De la violence à la débauche (1825-1914) », *Archives de politique criminelle*, 2012/1, n° 34, pp. 7-22.

Isabelle CLAIR « La sexualité dans le travail d'enquête, décryptage d'un tabou méthodologique », *Revue française de sociologie*, 2016, vol. 57, p. 45.

Hélène CLASTRES, « Rites funéraires guayaki », *Journal de la société des américanistes*, n° 57, 1968, pp. 63-72.

Jean-Pierre CLÉRO, « Quelques difficultés symptomatiques de la théorie benthamienne des fictions », *Cahiers critiques de philosophie, Jeremy Bentham*, n°4, Hermann, 2007, 256 p.

Claudine DARDY, « L'identité papier », *Les cahiers de Médiologie*, 1997, pp. 225-231.

Pascal DAVID, « La question de la paternité à la lumière des écrits de Pierre Legendre : aspects mythologiques, juridiques et symboliques », *Recherches familiales*, vol. 7, no. 1, 2010, pp. 77-83.

Jean-Hugues DÉCHAUX, « Les transformations de la morphologie familiale », *Sociologie de la famille*, La Découverte, 2009, pp. 6-26.

Christine DELPHY, « Penser le genre, quels problèmes ? », in Marie-Claude HURTIG, Michèle KAIL, Hélène ROUGH, *Sexe et genre. De la hiérarchie entre les sexes*, CNRS Éditions, 2003, pp. 89-102.

Adrien DEMOUSTIER, « Un aspect du rapport homme et femme selon les chapitres 1 à 5 du livre de la Genèse. Esquisse d'une réflexion », *Nouvelle revue théologique*, vol. t. 125, n° 2, 2003, pp. 187-204.

Vincent DESCOMBES, « Les embarras de l'identité », *L'information psychiatrique*, n°1, 2015, vol. 91, pp. 61-65.

Anne-Marie DROUIN-HANS, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n°1, 2006, pp. 17-26.

François de SINGLY, « Les habits neufs de la domination masculine », *Esprit*, n°11, 1993, pp. 54-64.

Vincent DESCOMBES, « Un dedans derrière ce qui est le dedans », *Rue Descartes*, n° 43, 2004/1, pp. 8-15.

Christine DÉTREZ, « Il était une fois le corps ... La construction biologique du corps dans les encyclopédies pour enfants », *Sociétés contemporaines*, Presses de Science-Po (PNFSP), 2005/3, n° 59-60.

Elsa DORLIN, Grégoire CHAMAYOU, « L'objet = X Nymphomanes et masturbateurs XVIIIème-XIXème siècles », *Nouvelles questions féministes*, 2005, vol. 24, n°1, p. 53-66.

Jean DUBOIS, « Énoncé et énonciation », in *L'analyse du discours*, Larousse, 1969, pp. 100 à 110.

Francis DUPUIS-DÉRI, « Le discours des « coûts » et de la « crise » de la masculinité et le contre-mouvement masculiniste », in Delphine DULONG, Christian GUIONNET et Érik

NEVEU (dir.), *Boys don't cry ! Les coûts de la domination masculine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2012, 330 p.

Émile DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *Année sociologique*, vol. I, 1896-1897, pp. 1-70.

Didier FASSIN « De l'invention du traumatisme à la reconnaissance des victimes. Genèse et transformations d'une condition morale », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 123, no. 3, 2014, pp. 161-171.

Jean-Marie FIRDION, « Lagrange (Hugues), Lhomond (Brigitte) - L'entrée dans la sexualité. Le comportement des jeunes dans le contexte du sida », *Population*, vol. 52, n° 6, 1997, pp. 1539-1548.

Anne-Marie FIXOT, « Don, corps et dette : une approche maussienne », *Revue du MAUSS*, vol. 35, n°1, 2010, pp. 477-488.

Michaël FOESSEL, « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, vol. tome 414, n° 3, 2011, pp. 341-351.

Jacques FOLLON, « Expliquer et comprendre » : une conférence de Paul Ricœur (Louvain-La-Neuve, 24 septembre 1976), *Revue Théologique de Louvain*, 1977, 8^{ème} année, Fasc. 1, pp. 105-109.

Jean FOUCART, « Monstruosité et transversalité. Figures contemporaines du monstrueux », *Pensée plurielle*, vol. 24, no. 2, 2010, pp. 45-61.

Ute GERHARD, « Le Droit civil, un outil de domination masculine ? », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe* (en ligne), ISSN 2677-6588, 2016, mis en ligne le 14/11/2016, consulté le 20/09/2020, 8 p.

Jacques GODBOUT, « Le don au-delà de la dette », *Revue du MAUSS*, vol. n° 27, n° 1, 2006, pp. 91-104.

Marie-Joëlle GROS, « Loi bioéthique : le silence des ovocytes », *Médiapart*, 28 août 2020.

Vincent GUILLOT, « Intersexes : ne pas avoir le droit de dire ce que l'on ne nous a pas dit que nous étions », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 27, n°1, 2008, pp. 37-48.

Nathalie HEINICH, « Choisir son identité à la carte est un fantasme d'enfant-roi », *Le Figaro*, 10 octobre 2018.

Françoise HÉRITIER, « Les origines de la domination masculine », in *Masculin-Féminin. Pluriel*. Auxerre, Éditions Sciences Humaines, Essais, 2014, pp. 73-84.

Kristina HERLANT-HÉMAR, « Identité et inscription temporelle : le récit de soi chez Ricœur », *fondsricœur.fr*, mise en ligne septembre 2013, 24 p.

Gérard HOLTON, « L'intuition dans la recherche scientifique », *Les nouvelles d'Archimède*, n° 38, *Libres propos sur la physique*, 2005, p. 26.

Gabrielle HOUBRE, « Un “ sexe indéterminé “ ? : l'identité civile des hermaphrodites entre droit et médecine au XIX^e siècle, *Revue histoire du XIXe siècle*, 2014/1 pp. 63-75.

Christian INGRAO, « Violence de guerre. Violence génocide. Les pratiques d'agressions des Einsatzgruppen », in Stéphane Audoin-Rouzeau, Annette Becker, Christian Ingrao et Henry Rousso, *La violence de guerre, 1914-1945, Approches comparées des deux conflits mondiaux*, Complexe, Histoire du temps présent, 2002, p. 231.

Fabrice JOUBARD, « L'esprit deleuzien : Une enquête conceptuelle à travers Logique du sens (1969), et L'Anti-Cédipe (1972) », <https://www.espritdeleuzien.com/pr%C3%A9sentation/>

Jean-Marc LACHAUD et Claire LAHUERTA, « De la dimension critique du corps en actes dans l'art contemporain », in *Corps dominés, corps en rupture*, PUF, Actuel Marx n° 41, 2007, pp. 84-98.

Charles LARMORE, « L'hétérogénéité de la morale », in *Journal of Philosophy*, décembre 1993, pp. 95-119.

Peggy LARRIEU, « Le mythe de Médée à la lumière du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 69, n° 2, 2012, pp. 83-105.

Christian LAVAL, « De l'utilité du panoptique », in Jeremy Bentham, *Panoptique. Mémoire sur un nouveau principe pour construire des maisons d'inspection, et nommément des maisons de force*, E. Dumont (éd.), C. Laval (postf.), Mille et une nuits, La Petite Collection, 2002, pp. 59-66.

Christian LAVAL, « Fiction et utilité chez Jeremy Bentham », in *Qu'est-ce que l'utilitarisme, une énigme dans l'histoire des idées*, Revue du MAUSS semestrielle, n° 6, 2nd semestre 1995, pp. 95-105.

David LE BRETON, « Corps et personne : quelle(s) anthropologie pour le droit ? », in *Principes de protection du corps et biomédecine*, Brigitte FEUILLET-LIGER, Geneviève SCHAMPS (dir.), Bruxelles, Bruylant, Droit éthique et société, 13, 2015, 398 p.

Sophie LEMAÎTRE, Frédéric CÉLADON, « Le sujet, entre risque et transgression. Improbable rencontre entre Bataille-Blanchot et Deleuze-Guattari sur fond de Nietzsche-Sade », *Chimère*, novembre 2007, n° 65, pp. 102-116.

Michel LISSE, « Excepté néanmoins du petit membre », in *Imaginaires du mal*, études réunies et présentées par Myriam WATTHEE-DELMOTTE et Paul-Augustin DEPROOST, Éditions du Cerf - Presses universitaires de Louvain, Théologies, 2000, p. 171.

Michel MAFFESOLI, « De l'identité aux identifications », in *L'individu hypermoderne*, ERES, 2006, pp. 145-156.

Dominique MEMMI, « Faire parler : une nouvelle technique de contrôle des corps ? L'exemple de l'avortement », *Le corps humain saisi par la justice*, Justices, 2001, HS n° 20, pp. 78-89.

Dominique MEMMI, « Sonder les âmes ou radiographier les corps ? La régulation sociale du "désir d'enfant" », in Marcela Iacub et Pierre Jouannet (dir.), *Juger la vie. Les choix médicaux en matière de procréation*, La Découverte, 2001, pp. 150-180.

Dominique MEMMI, « Vers une confession laïque ? La nouvelle administration étatique des corps », *Revue française de science politique*, vol. 50, n°1, 2000 pp. 3-20.

Martha NUSSBAUM, « Objectification », in *Sex and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 213-239.

Martha NUSSBAUM, « Whether by Reason or Prejudice » : Taking money For Bodily Services », in *Sex and Social Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 267-298.

Ruwen OGIEN, « Qui a peur des marchés d'organes ? », *Critique*, n°751, 2009, pp. 1027-1040.

ORLAN, « Surtout pas sage comme une image », *Quasimodo*, 1998, n°5, pp. 95-101.

André PERRIN, « L'âme et le corps », *Cahiers philosophiques*, n°53, 1992, p. 8-9.

Michelle PERROT, « Identité, égalité, différence. Le regard de l'histoire », in EPHESIA, *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, La Découverte, 1995, 740 p.

André PICHOT, « L'intériorité en biologie », *L'intériorité*, Rue Descartes, n° 43, 2004/1, pp. 39-48.

José PINHEIRO-NEVES, « Pour comprendre les nouvelles liaisons digitales : le concept d'individuation chez Carl Jung et Gilbert Simondon », *Sociétés 1/2011 (n°111)*, pp. 105-114.

Baptiste RAPPIN, « Pierre Legendre ou le droit du point de vue de l'anthropologie dogmatique », *Droit et société*, vol. 102, n°2, 2019, pp. 397-411.

Catherine RÉMY, « Qui est le plus humain ? La disponibilité des corps de l'homme et de l'animal pour la transplantation d'organes », *Politix*, vol. 90, n°2, 2010, pp. 47-69.

Olivier REY, « Quand dire c'est défaire », in *Le repli*, revue Conférence n° 47, 20 mars 2019.

Paul RICŒUR, « Expliquer et comprendre, Sur quelques connexions remarquables entre la théorie du texte, la théorie de l'action et la théorie de l'histoire », *Revue Philosophique de Louvain*, 4^{ème} série, tome 75, n° 25, 1977, pp. 126-147.

Camille RIQUIER, « Bergson et le problème de la personnalité : la personne dans tous ses états », *Les Études philosophiques*, vol. 81, n°2, 2007, pp. 193-214.

Anne ROCHE, « L'année d'usine de Simone Weil (1934-1935) », *Les Temps Modernes*, vol. 684-685, n°3, 2015, pp. 204-214.

Marion ROUSSET, Entretien avec Miguel Benasayag, « Cohabiter avec le digital sans être écrasé par lui, voilà le défi », *Télérama*, publié en ligne le 02/06/2016, mis à jour le 01/02/2018.

Nathalie RUBEL, « Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel », *Le genre une question de droit*, Jurisprudence Revue critique, 2011, pp. 281-285.

Michael A. SOUBBOTNIK, « Le tissu de la fiction : approche de Bentham », *Revue du Littoral, Érès - École lacanienne de psychanalyse*, 1992, n° 36, pp. 65-81.

Michel TIBON-CORNILLOT, « Crise de la biologie, crise du droit : du code génétique à la biologisation des normes », *Droits*, n° 18, 1993, pp. 119-134.

Alan Mathison TURING, « Les ordinateurs et l'intelligence », in Anderson A. R., *Pensée et machine*, Seyssel, Champ Vallon, 1983, pp. 39-67.

Peter VALLENTYNE, « Libertarisme, propriété de soi et homicide consensuel », *Revue philosophique de Louvain*, n°101, 2003, pp. 5-25.

Paul VALÉRY, « *Tel quel* », in *Œuvres*, tome 2, Gallimard, La Pléiade, 1960, 1728 p.

Philippe VAN HAUTE, « Michel Foucault : la psychanalyse et la loi », in Steve G. Lofts et Paul Moyaert (dir.), *La pensée de Jacques Lacan, Questions historiques – Problèmes théoriques*, Bibliothèque philosophique de Louvain, Éditions de l'Institut supérieur de Philosophie, Louvain, Éditions Peeters, 1994, pp. 45-64.

Erick VERHAGEN, « Au-delà du cadre, L'art de la performance », vol. tome 398, n° 6, *Études, SER*, 2003, pp. 799-808.

Anne VERJUS, « La paternité au fil de l'histoire », *Informations sociales*, vol. 176, no. 2, 2013, pp. 14-22.

Jean-Pierre VERNANT, « L'individu dans la cité », in *L'Individu, la mort, l'amour. Soi-même et l'autre en Grèce ancienne*, Jean-Pierre Vernant, Gallimard, Folio Histoire, 2007, pp. 211-232.

Miklos VETÖ, « L'eidétique de l'espace chez Merleau-Ponty », *Archives de philosophie*, 2008/3, tome 71, pp. 407-438.

Charline ZEITOUN, « À l'époque des zoos humains », *CNRS Le journal*, n° 263, décembre 2011.

INDEX

A

acte manqué · 121, 127, 325

amour · 15, 32, 65, 100, 104, 123, 136, 142, 170, 225, 243, 270, 277, 288, 300, 363, 367, 376, 408, 414, 420, 498, 501, 510, 524, 553, 557, 567, 582, 635, 645, 653, 666

avortement · 193, 208, 253, 279, 280, 299, 380, 436, 472, 540, 641, 664

B

binarité · 36, 226, 438, 441, 442, 443, 444, 451, 452, 454, 458, 459, 462, 463, 464, 474, 477, 480, 481, 489, 536, 563, 606, 674

bisexualité · 485, 486

C

castration · 85, 226, 266, 283, 495, 543, 552, 555, 564, 624

classification · 11, 298, 432, 433, 436, 438, 440, 441, 446, 460, 473, 490, 510, 570, 674

complexe · 15, 17, 32, 39, 40, 41, 55, 61, 65, 71, 78, 86, 95, 106, 113, 117, 118, 124, 128, 159, 166, 168, 173, 174, 186, 187, 188, 191, 199, 210, 211, 221, 226, 228, 261, 306, 313, 314, 328, 330, 335, 364, 383, 389, 409, 410, 421, 424, 431, 442, 443, 444, 450, 474, 502, 504, 533, 546, 551, 626, 672

conflit · 22, 23, 83, 86, 89, 121, 122, 123, 134, 138, 217, 259, 293, 295, 297, 307, 324, 371, 383, 403, 419, 441, 567, 611, 628, 640

conscient · 21, 53, 70, 73, 77, 93, 105, 106, 107, 109, 110, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 125, 129, 130, 137, 141, 148, 158, 176,

191, 193, 196, 211, 213, 217, 266, 269, 309, 371, 372, 373, 389, 470, 502, 533, 618, 671

consentement · 18, 21, 25, 36, 37, 45, 58, 77, 79, 80, 81, 84, 86, 90, 91, 94, 95, 96, 107, 146, 176, 184, 205, 219, 225, 230, 255, 256, 271, 284, 285, 286, 287, 291, 294, 296, 311, 312, 316, 317, 352, 406, 420, 436, 437, 451, 455, 465, 468, 472, 491, 497, 499, 501, 502, 503, 515, 516, 519, 522, 523, 525, 546, 551, 553, 559, 570, 585, 591, 593, 598, 599, 603, 609, 632, 641, 646, 657

contrôle · 27, 28, 34, 35, 37, 86, 87, 88, 104, 105, 107, 109, 117, 157, 237, 241, 245, 270, 273, 277, 333, 336, 338, 378, 402, 416, 465, 497, 499, 505, 516, 517, 518, 521, 523, 524, 525, 526, 527, 536, 546, 664, 675

culpabilité · 18, 168, 264, 309, 314, 320, 402, 543, 656

culture juridique · 51, 59, 86, 94, 116, 155, 179, 190, 274, 289, 319, 320, 336, 339, 344, 382, 431, 435, 489, 587, 598, 599, 608, 609, 612

D

défense · 21, 22, 23, 29, 37, 39, 65, 89, 121, 122, 129, 226, 259, 293, 302, 372, 373, 379, 380, 402, 436, 523, 549

délire · 102, 232, 262, 563, 565, 634

déni · 21, 86, 119, 226, 298, 300, 320, 364, 369, 443, 503, 543, 557, 570, 671

désordre · 87, 347, 431, 457, 498, 518, 527, 563, 566

dignité · 25, 37, 74, 203, 204, 206, 207, 220, 223, 224, 238, 253, 255, 256, 262, 264, 267, 268, 271, 276, 283, 284, 286, 291, 293, 301,

303, 305, 316, 317, 319, 355, 359, 361, 368,
459, 487, 496, 499, 500, 501, 503, 505, 508,
514, 515, 520, 559, 564, 565, 580, 584, 585,
591, 598, 599, 602, 603, 607, 641, 643

discernement · 77, 79, 80, 81, 86, 87, 107, 163,
176, 366, 453

dissociation · 27, 641

divorce · 20, 45, 136, 244, 338, 406, 422, 423,
468, 472, 551, 661

domicile · 34, 35, 40, 41, 136, 151, 260, 332,
338, 393, 404, 446, 537, 558, 591, 605

don d'organes · 294, 311, 314, 673

E

emprise · 36, 122, 151, 159, 258, 274, 335, 349,
353, 431, 463, 469, 497, 516, 559, 625

état civil · 13, 15, 16, 17, 19, 28, 30, 32, 33, 34,
36, 44, 45, 48, 64, 66, 72, 75, 91, 92, 137,
140, 152, 162, 193, 224, 225, 226, 229, 230,
325, 337, 338, 339, 348, 351, 352, 393, 405,
406, 410, 411, 425, 430, 433, 434, 435, 442,
443, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 453, 454,
455, 458, 459, 460, 464, 465, 473, 487, 488,
489, 490, 513, 538, 544, 559, 562, 563, 565,
566, 568, 570, 594, 609, 660, 665

F

fragilité · 15, 40, 142, 174, 211, 241, 242, 244,
295, 410, 540, 640

G

généalogie · 71, 148, 198, 351, 384, 539, 583

genre · 18, 23, 25, 26, 36, 40, 49, 66, 67, 153,
174, 177, 207, 210, 217, 218, 220, 226, 227,
228, 229, 242, 244, 262, 354, 357, 358, 363,
402, 411, 418, 425, 430, 431, 432, 434, 435,
439, 442, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 451,
452, 455, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464,
465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473,
474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482,

483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 493,
494, 495, 496, 498, 513, 529, 530, 532, 534,
535, 537, 538, 541, 547, 549, 553, 557, 559,
563, 564, 565, 566, 569, 574, 578, 581, 585,
591, 592, 594, 596, 604, 605, 607, 608, 610,
625, 626, 628, 629, 640, 642, 648, 658, 662,
665, 674

GPA · 8, 16, 17, 23, 39, 91, 274, 276, 280, 303,
351, 406, 409, 413, 584, 600

greffe · 44, 279, 284, 304, 309, 310, 312, 313,
314, 317, 318, 382, 571, 617, 635

H

hystérie · 59, 83, 120, 203, 621

I

idem · 30, 427

idéologie · 29, 148, 235, 267, 269, 270, 280,
300, 322, 357, 362, 363, 430, 452, 467, 480,
493, 511, 532, 533, 541, 548, 557, 563, 612,
652, 660

illusion · 15, 29, 76, 114, 115, 118, 150, 153,
193, 196, 214, 250, 312, 392, 435, 439, 479,
486, 499, 529, 560, 561, 596, 639, 674

inceste · 66, 138, 169, 171, 341, 352, 420, 430,
495, 498, 500, 571, 592

intention · 16, 17, 18, 27, 28, 60, 62, 68, 77, 79,
86, 90, 91, 92, 93, 127, 152, 175, 176, 233,
249, 272, 315, 317, 371, 375, 465, 508, 589

interdits · 83, 117, 124, 133, 161, 162, 172, 251,
252, 253, 259, 261, 262, 276, 281, 288, 309,
325, 353, 367, 420, 436, 518, 523, 527, 542,
560, 569, 672

intérêt de l'enfant · 16, 20, 227

intersexualisme · 40, 429, 444, 453

introjection · 386, 394

ipse · 30

J

jouissance · 22, 31, 48, 65, 187, 197, 199, 203, 227, 242, 256, 257, 260, 269, 270, 271, 272, 276, 277, 278, 281, 284, 286, 288, 289, 301, 309, 314, 319, 323, 325, 367, 380, 396, 492, 498, 503, 523, 541, 543, 565, 619, 630, 672

L

lapsus · 54, 61, 93, 121, 124, 127, 143, 295, 371, 375, 377

libre arbitre · 93, 176, 220

M

masochisme · 396, 498

maternité · 17, 18, 152, 411, 421, 431, 445, 517, 547, 550, 581

miroir · 66, 174, 196, 209, 260, 298, 304, 323, 324, 391, 516, 585, 599, 634, 637

N

narcissisme · 15, 29, 65, 150, 212, 269, 270, 273, 277, 287, 386, 408, 414, 450, 477, 631

narration · 11, 30, 78, 131, 132, 134, 135, 136, 141, 145, 149, 153, 155, 157, 158, 160, 161, 163, 165, 167, 172, 175, 176, 478, 568, 671

névrose · 83, 89, 171, 173, 367, 438, 569, 570

O

Œdipe · 17, 66, 124, 136, 172, 173, 174, 175, 188, 197, 383, 414, 450, 530, 541, 567, 571, 618, 626, 643, 663

oubli · 106, 165, 166, 201, 277, 300, 377, 656, 671

P

paranoïa · 89, 158, 367, 626

parenté · 16, 18, 34, 40, 67, 219, 372, 383, 392, 404, 408, 411, 413, 421, 422, 423, 425, 426, 495, 543, 583, 647, 648, 651

perversion · 89, 265, 362, 492, 527, 565, 632, 634

PMA · 9, 39, 92, 274, 280, 282, 406, 409, 412, 413, 584

polygamie · 22, 416

prénom · 13, 32, 33, 39, 66, 72, 137, 198, 229, 230, 393, 402, 435, 448, 449, 465, 487, 629

psychisme · 23, 35, 39, 42, 47, 48, 60, 61, 70, 74, 77, 105, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 122, 123, 125, 128, 131, 135, 136, 140, 153, 157, 160, 163, 185, 190, 196, 216, 218, 224, 228, 236, 242, 259, 269, 371, 379, 391, 395, 396, 397, 400, 408, 446, 635

Q

qualification · 68, 139, 187, 193, 200, 254, 278, 298, 376, 401, 437, 441, 493, 595

R

réel · 14, 48, 49, 65, 75, 76, 81, 84, 89, 90, 100, 106, 123, 125, 129, 130, 142, 144, 145, 147, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 157, 158, 160, 168, 185, 191, 197, 198, 199, 214, 221, 231, 239, 240, 243, 244, 245, 247, 249, 255, 274, 275, 293, 309, 313, 320, 321, 322, 327, 339, 340, 342, 358, 362, 370, 378, 379, 380, 389, 396, 397, 408, 426, 439, 440, 451, 466, 469, 473, 481, 487, 489, 490, 494, 500, 510, 520, 535, 540, 580, 620, 628, 630

refoulé · 53, 83, 118, 121, 124, 127, 144, 153, 157, 159, 164, 178, 181, 371, 372, 373, 377, 378, 380, 527

refoulement · 21, 22, 59, 61, 83, 85, 86, 89, 119, 121, 122, 157, 166, 257, 300, 356, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 379, 380, 381, 383, 387, 625

résistance · 159, 212, 236, 246, 264, 322, 358, 372, 373, 501

S

sadisme · 255, 276, 287, 498, 502, 599

similitude · 30, 384, 392, 402, 417

sujétion · 252, 550

symbolique · 18, 20, 38, 51, 53, 57, 64, 67, 71, 89, 125, 136, 144, 153, 173, 197, 198, 216, 237, 242, 272, 313, 321, 323, 340, 341, 342, 350, 351, 356, 362, 363, 390, 398, 408, 415, 443, 447, 462, 464, 472, 479, 480, 482, 483, 493, 501, 515, 516, 527, 538, 539, 540, 541, 543, 548, 551, 556, 564, 567, 571, 596, 602, 606, 635

symptôme · 93, 121, 171, 185, 186, 199, 233, 371, 377, 380, 569, 570, 635

T

transfert · 53, 54, 85, 104, 144, 153, 170, 314, 315, 383, 569

transsexualisme · 17, 26, 40, 229, 230, 429, 430, 443, 444, 446, 453, 464, 492, 586, 599, 605, 618, 628, 630

trauma · 18, 21, 22, 23, 109, 128, 129, 166, 170, 204, 389

U

universalité · 173, 266, 289, 333, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 373, 374, 376, 379, 380, 381, 424, 440, 484, 488, 495, 535, 537, 545, 583, 649, 660, 673

V

vie familiale · 138, 415, 424

vie privée · 15, 148, 226, 229, 230, 254, 255, 256, 260, 275, 285, 287, 291, 332, 338, 355, 411, 416, 418, 436, 446, 450, 458, 460, 464, 475, 487, 492, 499, 501, 502, 515, 537, 591, 600, 601

violence · 203

vulnérabilité · 18, 36, 75, 147, 148, 218, 253, 268, 295, 353, 447, 506, 520, 554, 558, 589, 598, 609, 610

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	6
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	12
<i>Section I. L'intérêt d'une étude sur l'identité de la personne humaine</i>	24
I. <i>L'attrait des questions suscitées par l'identité de la personne humaine</i>	25
A. La séduction d'un mot difficile à définir	26
B. Les paradoxes de « la chose »	31
II. L'intérêt du croisement disciplinaire	42
A. Les limites du savoir juridique	42
B. Un dialogue disciplinaire avec la psychanalyse	47
<i>Section II. La construction de la recherche</i>	55
I. La méthode	55
A. Une lecture croisée	56
B. Des questions épistémologiques	59
II. La délimitation de la recherche	63
A. Le questionnement	64
B. La finalité : un essai de compréhension	67
III. L'organisation de la recherche	68

PREMIÈRE PARTIE - L'IDENTITÉ ONTOLOGIQUE DE LA PERSONNE HUMAINE 71

Titre I. L'identité de la personne humaine comme un produit psychique	74
Chapitre I. Les concepts énigmatiques de l'identité psychique	76
<i>Section I. La difficile circulation des concepts entre disciplines</i>	77
I. Une antinomie conceptuelle tangible	78
A. Les fondements de l'antinomie	78
B. Les manifestations de l'antinomie	82
II. L'écueil des frontières disciplinaires	91
A. La construction de lignes de démarcation : la clôture du droit	91
B. La formation de la psychanalyse et sa méfiance quant aux savoirs institués par l'État	95
<i>Section II. La possible transposition des concepts de conscient et d'inconscient dans l'analyse de la subjectivisation de l'identité</i>	100
I. Le territoire commun au droit et à la psychanalyse : le conscient	100
A. Une conception juridique rassurante de la conscience	101
B. Une conception psychanalytique inquiétante de la conscience	105
II. Un déni juridique : le gouffre de l'inconscient	108
A. La construction du concept d'inconscient	108
B. La transposition du concept d'inconscient en droit	113
Conclusion du Chapitre I	122
Chapitre II. La narration comme outil d'élucidation de l'identité humaine	123
<i>Section I. La mise en récit de la personne</i>	124
I. La configuration du récit, entre subjectivité et objectivité	126
A. Du subjectif à l'objectif : la fabrique des faits en droit	128
B. De l'objectif au subjectif : la déconstruction des faits en psychanalyse	132
II. La vérité du récit, entre fiction et réalité	136
	643

A. L'utilité de la fiction narrative	137
B. Le piège de la fiction narrative	143
Section II. La difficile compréhension de l'identité de la personne par le récit	147
I. Le récit à l'épreuve du temps	148
A. Récits et durée : l'identité en mouvement	148
B. Récit et oubli : l'érosion de l'identité	152
II. Le récit défaillant	155
A. Le récit sans fin	156
B. Le récit sans repère	159
Conclusion du Chapitre II	162
Conclusion du Titre I	163
Titre II. L'identité de la personne humaine comme un corps	165
Chapitre I. Le corps comme être	168
Section I. Le système corps-esprit : les perversions de l'identité	170
I. La primauté de l'esprit sur le corps : une conception axiologique de l'identité	171
A. Le corps accessoire de l'identité de la personne	171
B. L'identité comme un jugement de valeur	174
II. La primauté du corps sur l'esprit : une identité positive imparfaite	178
A. Le corps essentialisé	178
B. Une conception objective de l'identité	185
Section II. L'unité du corps et de l'esprit : le stade du miroir dans le processus d'identification	190
I. La réconciliation du corps et de l'esprit : l'unité de l'identité	191
A. L'équilibre corps-esprit : l'unité de l'identité de la personne	191
B. La diversité des corps : l'unité de l'identité du genre humain	194
II. La transformation des corps et la stabilité des identités : vers la pluralité des identités de la personne	201
A. Les transformations naturelles du corps : l'évolution de l'identité	201
B. Les transformations médicales du corps : la construction de l'identité	205
Conclusion du Chapitre I	211

Chapitre II. Le corps comme avoir	213
<i>Section I. La liberté de disposer de son corps</i>	215
I. Une liberté aporétique	216
A. Liberté et interdits	217
B. Liberté et expériences	227
II. Une disposition mal entendue	232
A. Disposer de son corps : le risque narcissique	234
B. L'indisponibilité du corps : la peur de la mort	242
<i>Section II. La jouissance d'un patrimoine</i>	253
I. Le corps comme ressource	255
A. Une mine scientifique	255
B. Une valeur économique	264
II. Le corps comme inventaire	273
A. Le corps greffé	274
B. Le don d'organes et de produits	278
Conclusion du Chapitre II	287
Conclusion du Titre II	288
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	289

DEUXIÈME PARTIE - L'IDENTITÉ SOCIALE DE LA PERSONNE HUMAINE 291

Titre I. Identité de la personne humaine et désordre social	293
Chapitre I. La personne comme unité	295
<i>Section I. L'unité de la personne comme forme</i>	296
I. L'individuation	297
A. Un fichage de données formelles	297
B. Une représentation succincte	303
II. L'uniformisation	307
A. L'analogie par l'image	307
B. L'occultation du nom par le nombre	310
<i>Section II. L'unité de la personne comme universalité</i>	317
I. Des droits fantasmés	319
A. Le désir d'universalité	320
B. Le difficile accès au fantasme	326
II. Des identités refoulées	333
A. La mise à distance des identités au nom de l'universalité	333
B. Malaise dans l'identité	339
Conclusion du Chapitre I	344
Chapitre II. La personne comme multiple	346
<i>Section I. L'identité par les similitudes</i>	348
I. Des similitudes de formes	349
A. L'importance de la forme dans la constitution des groupes identitaires	349
B. Les évidences trompeuses de la ressemblance	354
II. Des identités moléculaires	357
A. Une dynamique d'interactions	358
B. Une identité composée	365
<i>Section II. L'identité par la filiation</i>	370
	646

I.	La famille comme creuset de la structure identitaire	370
	A. Le lieu de l'émergence de soi	371
	B. La métamorphose des agencements familiaux	374
II.	L'identité par la complémentarité	381
	A. Le principe d'incomplétude	382
	B. Une alliance polymorphe fondatrice	386
	Conclusion du Chapitre II	392
	Conclusion du Titre I	392
	Titre II. Identité de la personne humaine et ordre sexuel	394
	Chapitre I. L'ordre comme classification	398
	<i>Section I. L'empire du système binaire</i>	399
I.	Une architecture contestable	400
	A. L'illusion de la simplification binaire	400
	B. L'écrasement de la réalité	405
II.	La différence comme anomalie	409
	A. La diversité anatomique des sexes	410
	B. Le trouble du droit face au « neutre »	418
	<i>Section II. L'usure de la binarité par le genre</i>	429
I.	Un glissement du sexe à la sexuation	430
	A. La binarité des sexes alibi de la binarité des genres	430
	B. Une remise en cause des rôles sexués	439
II.	Des agencements individuels singuliers	444
	A. La singularité du rapport au sexe	444
	B. La plasticité du genre	452
	Conclusion du Chapitre I	455
	Chapitre II. L'ordre comme commandement	458
	<i>Section I. Une discipline du sexe</i>	463
I.	Les formes de contrainte	465
	A. La police des conduites sexuelles	467
	B. La politisation des orientations sexuelles	477
		647

II.	Les formes de contrôle	484
A.	Les caractères du contrôle	485
B.	Les phases du contrôle	490
Section II.	<i>Un fondement discutable</i>	495
I.	Une assise masculine	496
A.	La domination de l'homme	497
B.	L'érosion du paradigme	502
II.	Une construction culturelle	509
A.	Un jeu d'interactions stratégiques	510
B.	Des représentations idéologiques	516
Conclusion du Chapitre II		528
Conclusion du Titre II		530
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE		533
CONCLUSION GÉNÉRALE		537
 BIBLIOGRAPHIE		540
INDEX THÉMATIQUE		638
TABLE DES MATIÈRES		642

Résumé

L'identité, l'identité de soi, qui je suis « moi, » voilà un bien profond mystère. Pourtant rien de plus courant que de décliner notre identité juridique, mais rien de plus difficile que de la saisir, car autour d'elle gravite une constellation de termes, de concepts, plus ou moins équivalents en langage ordinaire. Depuis plusieurs années, l'identité est très présente dans les discours politiques, juridiques et scientifiques. Malgré cette reconnaissance, nous percevons un embarras et un malaise profond. Aujourd'hui, l'abondance des recherches sur l'identité a mis en lumière un terrain miné, la cartographie de nos identités s'est complexifiée. Elles prennent en compte les fluctuations de notre psychisme, le brouillage des sexes par le genre, et quantité d'évolutions qui transforment sensiblement la société et les individus qui la composent. La connaissance sur l'identité humaine se dérobe aux juristes qui perdent leurs repères. Ils perçoivent l'importance symbolique de leurs catégories juridiques, le caractère délirant de certaines dispositions mais aussi les points aveugles des discours, qui sont les traces d'un refoulement plus profond. Il convenait alors de montrer que l'identité juridique n'est pas seulement la résultante d'enregistrements administratifs, mais qu'elle est fabriquée par des montages juridiques et par un jeu de représentations plus ou moins fantasmées. Croisant l'analyse juridique au savoir produit par la psychanalyse, nous avons essayé de comprendre dans quelle économie libidinale, se produit de l'identité juridique.

Abstract

Identity, self-Identity, who am I, now there is a really profound mystery. However, whilst there is nothing more topical than itemising our juridical identity, there is nothing more difficult than grasping it, because around it gravitates a constellation of terms and concepts which have more or less equivalent meanings in everyday language. For several years identity has been very much in evidence in political, juridical and scientific discourse. Despite this recognition we can witness confusion and a deep malaise. Currently the plenitude of research on identity has uncovered a minefield. The cartography of our identities has become more complex. The research takes into account the fluctuations of our psyche, the blurring of sex and gender and the number of changes which transform markedly society and the individuals who compose it. Knowledge about human identity eludes jurists who have lost their landmarks. They perceive the symbolic importance of our juridical categories, the delusional nature of certain rules, but also the blind spots of the discourses which are the traces of a more profound repression. It is important to recognise that juridical identity is not just the outcome of administrative decisions but is also constructed by legal arrangements and by more or less unconscious representations. Intermingling juridical analysis with knowledge produced by psychoanalysis, we have tried to understand in which libidinal economy juridical identity arises.