

# L'IDENTITÉ ET LE DROIT PERSPECTIVES CALÉDONIENNES, NATIONALES ET INTERNATIONALES

Actes du colloque organisé par le Laboratoire de Recherches Juridique  
et Économique (LARJE) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Sous la direction scientifique de Christine Bidaud



# **L'IDENTITÉ ET LE DROIT**

## **PERSPECTIVES CALÉDONIENNES, NATIONALES ET INTERNATIONALES**

Actes du colloque organisé par le Laboratoire de Recherches Juridique  
et Économique (LARJE) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

**Sous la direction scientifique de Christine Bidaud**

© 2020 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie  
Collection LARJE – Laboratoire de Recherches Juridique et Économique  
larje.unc.nc

Tous droits réservés

La reproduction partielle ou entière, sous quelque forme que ce soit, de la présente publication est interdite sans l'autorisation de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

All rights reserved

No part of this publication may be reproduced in any form or by any means without the written permission of the University of New Caledonia

ISBN : 979-10-91032-15-5

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie



Avenue James-Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

unc.nc

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Illustration de couverture : Laurence Lagabrielle - Paroles lancées, 2016

Réalisation : © ETEEK

# **L'IDENTITÉ ET LE DROIT**

## **PERSPECTIVES CALÉDONIENNES, NATIONALES ET INTERNATIONALES**

Actes du colloque organisé par le Laboratoire de Recherches Juridique  
et Économique (LARJE) de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

**Sous la direction scientifique de Christine Bidaud**

Coordination scientifique, Diana Romand  
Coordination éditoriale, Françoise Cayrol



## REMERCIEMENTS

Cet ouvrage est l'occasion de remercier l'Université de la Nouvelle-Calédonie et tout particulièrement le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE) pour leur accueil et la manière dont ils m'ont intégrée dans leurs équipes. Les quatre années passées en délégation auprès d'eux ont été d'une richesse incroyable et m'ont donné une ouverture d'esprit que je n'aurais sans doute jamais acquise sans cette expérience.

Droit coutumier kanak, conflits de statuts personnels, conflits internes de normes, statut *sui generis* de la Nouvelle-Calédonie, mais aussi droit des femmes, cours en prison, école doctorale et recherches pluridisciplinaires, connaissance du droit et de la culture océanienne du Pacifique sud ne sont que quelques exemples de ce que j'ai pu vivre grâce à eux. Je leur en suis infiniment reconnaissante.

Puissent ces collaborations se poursuivre par-delà les océans pendant de nombreuses années !

Christine Bidaud



**SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b> .....	7
<b>AVANT-PROPOS</b>	
Christine Bidaud.....	11
Université Jean Moulin – Lyon 3, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie de 2015 à 2019	
<b>INTRODUCTION</b> .....	13
Carte d'identité et cartographie identitaire : <i>ipse, idem</i> , indiscernable	
Bernard Rigo .....	15
Université de la Nouvelle-Calédonie	
<b>I. LES VISAGES DE L'IDENTITÉ</b> .....	21
L'identité calédonienne – Le « je » et le « nous »	
Jone Passa.....	23
Sociologue	
Les liens sociaux en pays <i>hveehen</i> – Éléments d'un vocabulaire de l'identité	
Patrice Godin .....	28
Université de la Nouvelle-Calédonie	
L'identité en droit commun – Indisponibilité de l'état des personnes vs. libertés individuelles ?	
Philippe Guez .....	39
Université de Paris-Nanterre, en poste à l'Université de la Polynésie française de 2013 à 2017	
<b>II. LES CONTOURS DU DROIT À L'IDENTITÉ, FINITUDE OU INFINITUDE...</b> .....	55
La protection de l'identité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	
Amélie Dionisi-Peyrusse .....	57
Université de Rouen	
Le droit à l'identité dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	
Amélie Panet-Marre .....	68
Université Jean Moulin – Lyon 3	
<b>III. LES PROLONGEMENTS DU DROIT À L'IDENTITÉ</b> .....	85
L'identité comme socle du pluralisme juridique calédonien	
Étienne Cornut.....	87
Université Jean Monnet – Saint-Étienne, en poste à l'Université de la Nouvelle-Calédonie de 2006 à 2019	



Vers un droit à l'unité du statut personnel et familial dans les situations internationales ?	
Christine Bidaud.....	107
Université Jean Moulin – Lyon 3, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie de 2015 à 2019	
Du droit à l'identité à un droit à l'unité du statut patrimonial en droit international privé ?	
Éric Fongaro.....	124
Université de Bordeaux	
<b>IV. L'IDENTITÉ ET LE DROIT À L'IDENTITÉ PAR-DELÀ LES OCÉANS.....</b>	<b>133</b>
La question des communautés indigènes en Argentine – Entre identité et patrimoine : Comment gérer la diversité après le métissage culturel ?	
Ursula Basset.....	135
Pontificia Universidad Católica Argentina	
Law and Identity in New Zealand	
Bill Atkin.....	143
Victoria University of Wellington	
Le droit à l'identité en Polynésie française	
Philippe Guez.....	160
Université de Paris-Nanterre, en poste à l'Université de la Polynésie française de 2013 à 2017	
<b>V. PROPOS CONCLUSIFS.....</b>	<b>177</b>
Droit et identité, conclusions en forme d'ouverture	
Hugues Fulchiron.....	179
Université Jean Moulin – Lyon 3	

## AVANT-PROPOS

**Christine Bidaud**

Directrice scientifique

L'identité n'est pas seulement une notion juridique. Le droit ne peut et ne doit à lui seul la définir. Il doit au contraire l'appréhender dans toutes ses dimensions sociologiques, psychologiques, anthropologiques... La construction de l'identité individuelle ne passe-t-elle pas par une identification au groupe ? L'identité collective n'existe-elle par opposition à d'autres identités collectives ? *L'ipse* peut-il exister sans *l'idem* ? Le droit doit tenir compte de toutes ces considérations lorsqu'il instaure des règles intéressant l'identité quelle que soit la dimension de l'identité qui est l'objet de la règle de droit.

Pour autant, la notion d'identité a toujours existé dans le droit, mais elle a considérablement évolué. Dans son sens premier, l'identité est envisagée par le droit au prisme de la nécessité de police civile de l'identification des personnes. Recensement de population, contrôle des individus présents sur le territoire pour des raisons de sûreté, d'imposition fiscale, de contrôle des flux migratoires ne sont que quelques exemples de l'intérêt de l'État à l'identification des personnes. Aujourd'hui encore cette nécessité d'identification pour l'État existe, mais l'évolution de la science et le développement de nouvelles techniques d'identification ont modifié les données du problème. Afin de prouver l'identité d'une personne ou un élément d'identification de la personne (âge, parenté...), il est dans certains cas possible de recourir à des tests génétiques, des examens osseux ou encore de constituer des bases de données biométriques à l'occasion de la délivrance ou du renouvellement des documents d'identité tels que les passeports et les cartes nationales d'identité. Si l'on peut comprendre les nécessités, les dangers du recours à ces procédés ne font guère de doute : avancées scientifiques et sécurité juridique, surtout respect des droits fondamentaux inhérents à l'homme, ne vont pas toujours de pair. Le législateur doit veiller à un juste équilibre par un strict encadrement du recours à ces processus scientifiques.

Le droit a également fait évoluer son approche de l'identité. Il prend aujourd'hui en compte sa dimension la plus intime et admet que l'identité ne se limite pas à l'identification. Elle touche aussi au moi profond de chacun, à l'identité que l'on qualifie de ressentie. La personne doit ainsi pouvoir obtenir une identité juridique qui correspond à ce qu'elle ressent dans son intimité, à la manière dont elle existe dans sa réalité quotidienne. Il existe certes des limites à cette reconnaissance par le droit de l'identité vécue individuellement. Ainsi, s'il est admis que l'on puisse obtenir la modification de son sexe à l'état civil sans avoir subi de traitement irréversible de conversion sexuelle<sup>1</sup>, il ne saurait, pour l'instant, être question d'admettre un « sexe neutre » ou encore de laisser vide cette mention dans les actes de naissance<sup>2</sup>. L'identité n'est pas ici seulement ressentie, elle est revendiquée. Elle a besoin du regard de l'autre pour

1 - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, *JORF*, 19 novembre 2016.

2 - Voir spéc. *Cass. civ. 1<sup>e</sup>*, 4 mai 2017, n°16-17 189 : *JCP G*, n° 25, 19 juin 2017, doct. 716, M. Gobert ; *Droit de la famille* n° 7-8, juillet 2017, étude 9, J.-R. Binet ; *RTD civ.* 2017, p. 947, F. Rouvière, *Dalloz* 2017, p. 1404, B. Moron-Puech.

exister, « car c'est notre regard qui enferme souvent les autres, dans leurs plus étroites appartenances, et c'est notre regard aussi qui peut les libérer »<sup>3</sup>. L'identité individuelle, si compliquée soit-elle à trouver ou à prouver, ne se suffit pas à elle-même du point de vue du droit et des droits. Elle passe par la reconnaissance des autres, autres parmi lesquels se trouvent les pouvoirs publics.

Ainsi, l'identité kanak n'avait pas besoin du droit pour exister. La société kanak existait bien avant l'époque de la colonisation. Mais la pleine reconnaissance par l'État du peuple kanak, « des ombres de la période coloniale » ainsi que de la citoyenneté calédonienne dans l'accord de Nouméa<sup>4</sup>, était nécessaire. Identité individuelle, identité collective, coexistence d'identités, appartenance à de multiples identités ne sont pas antinomiques et peuvent se coordonner de manière harmonieuse tant que chacun reconnaît l'autre et que chacune est reconnue et traitée sur un pied d'égalité par le droit. Mais comment légiférer pour atteindre cet objectif ?

Dans le sillage de cette identité revendiquée, apparaît une novation de l'identité : de notion de droit elle devient droit, un droit à l'identité. Aucun texte national, international ou européen ne consacre ce droit. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne en font pourtant état. Pour la première, le droit à l'identité est partie intégrante du droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8. Pour la seconde, il découle du traité UE et des grandes libertés consacrées par l'Union européenne, en particulier la liberté de circulation. Mais encore faut-il savoir de quelle identité et, par conséquent, du droit à quelle identité, il s'agit : identité européenne, identité nationale, identité individuelle, etc. ? Les contours du droit à l'identité semblent aussi délicats à définir que la frontière entre l'Europe et l'Asie : quelle que soit sa portée symbolique, l'Oural n'est qu'une vaste indication géographique. Quant à ses prolongements, ils sont immenses : le droit à l'identité peut-il servir de socle au pluralisme juridique calédonien ? Peut-il servir de base à un droit à l'unité du statut personnel dans les situations internationales ? Peut-il permettre d'imposer son statut personnel et patrimonial au-delà des frontières ?

Ces questions ont été abordées par des juristes, sociologues et anthropologues lors du colloque organisé par le Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE), les 3 et 4 novembre 2016 à l'Université de la Nouvelle-Calédonie. Cette manifestation a réuni des universitaires, des praticiens, des juristes et sociologues coutumiers ainsi que plusieurs experts étrangers. Le présent ouvrage rassemble leurs contributions et livre leurs réflexions sur l'identité et le droit à l'identité au travers de quatre thèmes : Les visages de l'identité (I), Les contours du droit à l'identité (II), Les prolongements du droit à l'identité (III) et L'identité et le droit à l'identité par-delà les océans (IV).

3 - A. Maalouf, 1998, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset.

4 - Accord de Nouméa, 5 mai 1998, *JORF*, 27 mai 1998.

## **INTRODUCTION**



## Carte d'identité et cartographique identitaire *ipse, idem, indiscernable*<sup>1</sup>

**Bernard Rigo**

Université de la Nouvelle-Calédonie, TRajectoires d'OCéanie (TROCA)

15

Je ne suis pas un juriste, je suis un philosophe qui a succombé depuis trente ans à la dangereuse familiarité avec les sciences humaines selon l'expression heureuse de Michel Foucault et qui se trouve ici égaré dans un colloque organisé par des juristes. C'est dire toute la difficulté que j'aurai à vous parler simplement de la notion d'identité, à commencer par la mienne...

Sans originalité, l'étymologie du mot identité nous renvoie au latin : *ipse, idem* ; *ipse* : lui-même (en l'opposant à d'autre : c'est César lui-même, pas son représentant), *idem* : le même (réitération à l'identique : pas une autre mangue, mais la même). Ainsi c'est moi-même qui vous parle, pas un sosie ou un clone et j'espère ne pas répéter ici à l'identique ce que j'aurais lu ailleurs chez un autre universitaire.

Dire cela implique pourtant que cette affirmation ne vaut que si des éléments permettent de me reconnaître ou d'identifier un plagiat. Pour être reconnu, il faut bien des éléments de connaissance. Reconnaître une mangue, c'est en reconnaître les attributs. Dire d'une mangue qu'elle est verte et acidulée, ce n'est pas dire qu'il y a deux mangues, la verte et l'acidulée. Une même entité peut ainsi avoir plusieurs qualités, son identité est même le résultat de la pluralité unique de ses composantes. L'identité qualitative de deux objets : deux mangues vertes et acidulées, n'implique pas qu'elles soient indiscernables : elles ne sont identiques que dans l'effet attendu (faire une tarte aux mangues). De cela découle la conséquence logique qu'à moins d'être une simple unité abstraite, une entité ne peut prétendre avoir une identité que si elle présente une pluralité de qualités par lesquelles elle est ce qu'elle est ou du moins par lesquelles elle peut être identifiée. En ce sens revendiquer une identité, ce n'est rien d'autre que demander la reconnaissance de certaines qualités. On peut ainsi séparer les mangues vertes des mangues mûres.

Affirmer ainsi « celle-ci est la mangue » permet soit de discerner cette mangue-là, celle que j'ai cueillie moi-même ce matin parmi d'autres mangues, il s'agit alors de ce que l'on appelle l'identité numérique, personnelle ou juridique, elle est unique ; soit de distinguer la mangue par opposition à d'autres entités, pommes, poires ou scoubidoues : cette mangue n'est pas unique, seule sa catégorie l'est.

1 - Contribution issue de l'allocution de l'auteur au colloque « L'identité et le droit » qui s'est déroulé les 3 et 4 novembre 2016.

L'état civil s'intéresse à l'identité numérique ou juridique : elle repère l'individu et le considère comme identique même si celui-ci a le sentiment d'avoir changé (distinction de l'identité physique et de l'identité morale). Si on a un jumeau monozygote, au croisement des abscisses et des ordonnées de l'espace-temps, pour l'état civil, il y a un aîné et un cadet, l'un est né après l'autre et l'identité du code génétique n'implique pas l'identité de l'histoire et du caractère des deux frères. C'est assez dire que la notion d'identité ici n'est pas affaire de substance mais d'histoire de vie.

L'ambiguïté s'installe parfois, par exemple, si je dis que mon frère et moi avons le même costume : y a-t-il un seul costume partagé ou deux costumes de coupes identiques ? Est-ce l'objet ou la catégorie qui est identique ?

Le droit s'intéresse à la catégorie, même quand il s'agit du droit à la personne : car pour revendiquer ce droit, il faut d'abord faire partie de la catégorie personne : le notou peut bien faire résonner sa réprobation dans les frondaisons ou le cagou glapir de désappointement à l'abri d'un bosquet, les cris de l'un et de l'autre sont vains : tout comme le chat, le chien, ils resteront à la porte de la catégorie « personne » et des droits qui y sont attachés. Comestible ou domestique, la catégorie sous laquelle ils entrent ne discerne que des individus interchangeables, comme des biens mobiliers, qu'ils soient reconnus êtres sensibles ou pas.

C'est bien pourquoi l'éthique ne relève pas de la taxinomie mais la catégorisation sous-tend l'espace éthique : selon les époques et les sociétés, le droit à l'identité en tant que personne peut être accordé ou pas aux étrangers, aux femmes ou aux enfants... À l'intérieur de cet espace à géométrie variable, l'éthique pose chacun comme unique et c'est cette unicité-là qui fait sa valeur et impose le principe d'égalité. L'unicité en question, dans l'histoire européenne des idées, c'est celle d'une volonté propre à chacun par laquelle il peut disposer de soi aussi longtemps qu'il n'empêche pas une autre personne de disposer aussi d'elle-même. Cela implique un double postulat : d'une part la reconnaissance d'une volonté en droit et par nature équivalente à la mienne et en même temps, la reconnaissance que cette volonté n'est pas la mienne, qu'elle est autre et que par conséquent elle peut vouloir autre chose, ce dont elle ne se prive en général pas. Mon double, mon frère comme dirait Baudelaire, n'est jamais moi. Autrui pose à la fois l'identité : ego, et l'altérité : alter, il est alter ego. Les frères souvent ennemis appartiennent à la même famille plus ou moins élargie : homo sapiens sapiens, Européens, Amérindiens ou Océaniens, Calédoniens, natifs d'une même île, membres d'une chefferie, fils d'untel... On peut élargir ou rétrécir la focale, la définition de l'identité en compréhension est inversement proportionnelle à sa définition en extension. George Simmel avait bien montré en ce sens que plus le cercle de la communauté est étroit, et plus l'appartenance est forte. Que deux citoyens nord-américains se croisent en Europe, cela ne procurera pas d'émotion ni de salutations particulières, il en va tout autrement si deux natifs de Tige se croisent à New-York...

Frère d'humanité peut-être, frère de mon île encore plus sûrement. Par quoi entre en jeu une notion importante, celle d'appartenance. La mangue ne s'appartient pas, elle n'a pas d'appartenance : la taxinomie relève ici de l'histoire naturelle. Une mangue n'est pas une poire, elle ne choisit pas d'être sucrée ou acide. Il en va tout autrement dès qu'il est question d'homo sapiens. Si celui-ci, au moins en Europe, a voulu se dégager de son appartenance animale pour revendiquer une humanité unique et séparée du reste du vivant, c'est dire surtout qu'il a prétendu s'arracher à l'ordre naturel pour choisir ses appartenances non plus dans une nature mais dans une histoire. Par quoi, on comprend d'ailleurs l'inhumanité des positions racistes ou sexistes qui enferment toujours l'autre dans une nature.

Ainsi, ce n'est pas seulement mon sang ou une terre que mon frère partage mais aussi et surtout une histoire familiale et sociétale commune. L'appartenance, dès qu'elle ne procède pas d'une naturalisation de la culture, c'est le fait de l'histoire partagée. Par quoi l'histoire rejoint aussi la géographie, le temps et l'espace : la généalogie se lit dans l'itinéraire qui relie un tertre occupé à un tertre souche par exemple. En d'autres termes, l'histoire d'un groupe a inscrit ses chemins sur un territoire.

Avec cet exemple on arrive au cœur de notre problématique :

Nous l'avons vu, l'identification suppose soit la reconnaissance d'une identité antérieurement connue (l'identité, l'ipséité, désigne ici l'individualité, par exemple l'identification d'un criminel ne vise pas une catégorie, mais le coupable d'un crime particulier), soit la reconnaissance d'une appartenance à une classe/catégorie, (ce fruit est une mangue – semblable, égale, pareille à une mangue).

En psychologie, l'identification est le processus complexe par lequel on tend à ressembler à l'autre. On s'identifie à son père, à un champion de sport, à un acteur...

Pour autant, *identifier* ne semble pas avoir jamais été utilisé au sens de *rendre identique*. Reste que des expériences pédagogiques montrent assez qu'identifier quelqu'un comme intelligent le rend davantage intelligent, l'identifier comme maladroit le rend maladroit... Politiquement, l'identification ignorante et dévalorisante qui nie la pluralité fabrique de la négritude, de la mao'hitude en Polynésie ou de la kanakitude en Nouvelle-Calédonie, elle fabrique contre elle une unité recomposée d'opposition.

C'est dire aussi que l'identification confère, pour le meilleur ou le pire, un statut : c'est une chose de recevoir un statut de son cercle d'appartenance, c'en est une autre d'en subir un de la part d'un pouvoir extérieur. On notera que si le pouvoir étranger n'obéit pas aux règles locales qu'il ignore, il n'obéit pas davantage à ses propres règles puisque l'extériorité lui permet d'identifier sans reconnaître et donc de s'affranchir de sa propre éthique. Ainsi un pouvoir colonisateur peut mettre entre parenthèses la reconnaissance de la libre volonté de chacun au profit d'une identification soumise à une axiologie des appartenances et cela peut fonder un pluralisme juridique au service d'une discrimination utile à son exercice : par exemple dans l'archipel de la société, les Polynésiens des îles du Vent (Tahiti et Moorea), jugés mieux policés par une colonisation plus ancienne, seront citoyens français tandis que ceux des îles sous le vent (Huahine, Raiatea, Bora-Bora, Tahaa, Maui) seront soumis en 1897 à un code de l'indigénat. Ce code peut s'appuyer sur une vision évolutionniste ; ailleurs il peut même être l'expression d'une naturalisation de l'appartenance. Dans tous les cas, il procède du refus de reconnaître des équivalences de culture, voire d'identifier des cultures comme cultures. En clair, identifier ici n'est pas la volonté de penser l'identique mais bien plutôt celle de fabriquer des différences de valeur, dans la culture ou dans la nature.

En Océanie, identifier, ce n'est pas isoler une monade à elle-même identique, c'est repérer des réseaux d'appartenance : la carte d'identité n'est rien d'autre que la cartographie de ces réseaux. Cette identité en mouvement peut s'afficher sur l'épiderme : ainsi en va-t-il du tatouage qui évolue avec la place de l'individu dans la société, il indique la généalogie, la succession des statuts ; il est un marqueur identitaire et statutaire.



Ce qui fait sens ici, c'est l'appartenance et la place d'une entité dans un collectif, pas son identité *per se in abstracto* : ce n'est pas la mangue, c'est l'arbre, ce n'est pas l'arbre, c'est la terre, ce n'est pas la terre mais l'histoire de cette terre...

Par quoi la reconnaissance d'autrui peut passer elle-même par des voies plurielles : s'agit-il d'identifier une individualité forte de son libre arbitre infini, façon métaphysique occidentale, ou sur l'appartenance à un collectif, qui a mémoire des chemins de terre ou des itinéraires marins ? C'est bien à l'articulation de ces deux logiques que peuvent s'articuler droit commun et droit coutumier.

À une période de l'histoire où crispations identitaires, nationalismes aveugles, universalismes abstraits et ethnocentres s'affrontent en toute ignorance de cause, il est bon de garder à l'esprit les éléments suivants.

L'identification peut servir des idéologies mortifères ou des logiques policières pour le meilleur ou le pire : traque raciste ou renseignement antiterroriste. Dans le dernier cas, celui d'un intégriste combattant, souffre-t-il d'un excès d'identité ou d'une perte d'identité ? Ce qui est certain, dans son cas, c'est le refus d'autres identités possibles, par quoi se définissent précisément toutes les formes d'intégrismes, d'intolérances, de fanatismes.

C'est que le concept même d'identité est indissociable de celui d'altérité : la logique et l'éthique imposent même de les penser ensemble : nier l'une revient à nier l'autre. Mais dire cela implique de les penser aussi sous la forme duelle ou plurielle de l'unité. C'est un autre homme mais c'est un homme, c'est une autre culture mais c'est une culture, c'est une autre langue mais c'est une langue avec sa double articulation. L'infinie variété est aussi une forme de la variation. Ni tout à fait la même ni tout à fait une autre comme aurait pu dire Verlaine. De moi à toi, des distances variables, des conformations étrangères et étranges, mais rien d'infranchissable ou d'incompréhensible par nature. Faute de quoi, les sciences humaines seraient paroles vaines et sciences impossibles, faute de quoi les langues resteraient hermétiques les unes aux autres. Nous savons que ce n'est pas le cas.

Par quoi, la communication et la compréhension sont toujours possibles de toi à moi et de moi à toi pourvu que l'un ou l'autre s'appartienne suffisamment à lui-même. À quoi bon parler à un gourou, à un Taliban ou à un paranoïaque : dans tous les cas, le sujet ne s'appartient plus, il ne peut donc entendre ni répondre. Comme les héros tragiques liés à un destin, ceux-là n'ont pas d'identité car ils n'ont pas de pluralité : avec eux l'histoire s'est figée, la parole unique chasse la possibilité du dialogue et du devenir. Une appartenance hégémonique a tué en eux la pluralité et, donc, l'identité. Ils refusent l'altérité car de fait ils n'ont plus d'identité. Paroles reproduites sans sujet parlant. Marionnettes inquiétantes.

Insistons, la pluralité inscrit l'identité non pas dans une nature ou une monade intemporelle, mais dans une histoire car elle *est* une histoire ; ainsi identité, sociétés ou cultures sont d'abord des processus aussi ouverts que les sectes sont fermées. La pluralité fonde le rapport éthique car elle en est la condition de possibilité. Le principe d'égalité refuse l'uniformité et la violence qui l'impose, il n'est rien d'autre que la reconnaissance de la pluralité, reconnaissance au double sens de l'identification et de *l'acceptation implicite d'un droit égal à la différence*.

Ce droit à la différence est également une garantie contre la violence. Toutes les différences peuvent jouir d'un droit égal pour autant – et c'est bien là la condition essentielle – qu'elles-

mêmes reconnaissent ce droit à la différence. À cette condition, les différences sont les meilleurs remparts aux volontés hégémoniques et aux rapports frontaux de force : c'est toujours le semblable qui entre en compétition avec le semblable.

Sauf à vouloir éliminer l'Autre parce qu'Autre, dans un rapport de prédation où la violence précède tout discours, l'altérité, sur le plan des représentations, n'est jamais conflictuelle en tant que telle, puisqu'elle n'est pas perçue pour ce qu'elle est : c'est toujours en tant qu'elle est pensée sous le signe du même qu'elle devient conflictuelle, déviante par rapport à un paradigme culturel ethnocentrique. Un lent mouvement syncrétique se met en place sous l'égide du discours dominant. Dans un effort conjugué des dominés et des dominants, l'altérité tend parfois à se couler dans le moule du Même.

Or, précisément, la dissidence et l'affirmation identitaire seront le fait de mouvements syncrétiques : c'est dans l'Ancien Testament que les prophètes tahitiens de la Māmāiā vont puiser la source de leur inspiration pour se rebeller dès 1826 contre l'ordre des missionnaires ; c'est en élaborant une divinité polynésienne aux attributs bibliques, Io, que le clan māori Te Matorohanga va s'opposer à l'autorité des *pakeha* (Européens).

Il n'est pas moins significatif aujourd'hui, pour s'en tenir à Tahiti, de constater que le Tāvini huira'atira, parti politique qui a fait de la revendication identitaire son cheval de bataille, ait choisi la croix catholique comme emblème. C'est toujours le semblable qui entre en compétition avec le semblable. Comme ce fut le cas pour les premières générations de convertis, on peut certes juxtaposer deux systèmes de pensée sans contradiction : on peut croire à la fois au dieu biblique et au pouvoir des ancêtres, il suffit simplement de basculer d'un système à l'autre. Rien, *a priori*, ne s'opposant à l'usage de deux systèmes distincts ; de la même façon, on peut, par exemple, consulter pragmatiquement à la fois un médecin et un tradi-praticien. Il faut toutefois se garder de réduire le système local à une ébauche balbutiante du système dominant. Faut-il le rappeler ? Le syncrétisme, qui est au cœur de toutes les cultures, est le produit d'une élaboration active, pas d'un amalgame subi : une pensée élaborée dans des héritages distincts, avec ses contradictions comme toute pensée, n'est pas nécessairement une pensée confuse.

Qu'une société puisse passer d'un système religieux à un autre, d'une structure politique à une autre, est une affaire entendue : il est dans l'ordre même de toute culture d'opérer des « transferts de sens », « d'adopter des dérivations créatives », de métaboliser la nouveauté pour demeurer vivante. L'identité culturelle est l'histoire d'une communauté au sens où elle est d'abord l'histoire des rencontres de cette communauté. Ce qui est en question ici, c'est le danger intellectuel et politique qu'il y a à nier ces modalités, voire l'existence de ces dérivations, soit en affirmant qu'un sens s'est purement et simplement substitué à un autre, soit en présentant l'ancien comme une variante du nouveau. *A priori* culturaliste et universaliste qui enfermeraient la notion d'identité culturelle dans les termes d'une problématique occidentale héritière aussi bien de l'universalisme des Lumières que de l'irrationalisme mystique du Romantisme.

Si la notion d'identité culturelle veut dire quelque chose, elle ne doit pas se poser dans les termes qui furent ceux des idéologues européens. Ceux-ci opposèrent au principe kantien de la personne, citoyenne du monde, la vision d'une culture comme personne, unique et respectable en tant que telle. Avec Herder, le disciple rebelle de Kant, l'individu n'est alors plus pensé que comme l'échantillon du génie d'un peuple et tout échange avec l'Autre culturel met en péril ce génie dans sa pureté : nostalgie mystique de l'origine, « ethnicisme » qui retrouve les termes religieux des convictions fondamentalistes : on ne sauve son âme que dans

la pureté de la race et dans la sacralisation de la tradition. Vision substantialiste de la culture. À cette thématique ressortit aussi bien l'attitude de ceux qui diabolisent un passé païen que ceux qui veulent rétablir une authenticité culturelle dévoyée. Reste que cette façon de penser la culture n'est pas celle des sociétés traditionnelles qui pensent moins en termes d'identité, de culture, de nation ou de substance qu'en termes de réseaux généalogiques, d'alliances.

Si des communautés rivales parlent le même langage, le choc est frontal : il n'y a plus de place pour l'intercompréhension : l'agonistique remplace le dialogue. Par ailleurs, quand l'Autre pense son identité à partir des théories « ethnicistes » du Même, il ne risque guère d'être contredit mais, faisant cela, il accomplit sur lui-même la pire des violences : occultant ce qui fait le fond de son altérité, c'est-à-dire de son histoire, il ne se reconnaît plus lui-même. À ce vertige, il n'y a alors pas d'autre réponse que la surenchère : la culture n'est plus un processus mais un enjeu figé de pouvoir.

Comment ne pas éprouver toute la précarité d'une situation historique où un discours dominant a trouvé en lui-même l'argumentation d'une opposition, nourrissant par là sa propre dialectique en la faisant passer pour une confrontation interculturelle ? S'il fut un triomphe, ce fut celui d'un débat interne à la pensée occidentale : universalisme/culturalisme, modernité/tradition, rationalisme/mysticisme...

Aussi opératoires que puissent avoir été les malentendus construits sur les mythes de l'exotisme et de l'authenticité, sur les schèmes de l'inversion et de la nostalgie, il faut éviter de reproduire une scène déjà jouée par bien des peuples décolonisés : le triomphe du Même contre le Même, la défaite de l'Autre par l'Autre. Car, en final, le différend risque de ne plus être entre un peuple colonisé et un pouvoir étranger, qu'entre la majorité de ceux qui font la culture en la vivant et en la rendant vivante et la minorité d'une élite locale tentée d'en monnayer la fiction bavarde. Si le Même a toujours raison du Même, dans une confrontation dogmatique, c'est toujours avec l'Autre que l'on a quelque chose à dire...

La salutation en Océanie n'est pas « qui es-tu ? » mais « d'où tu viens ? » Pour dire au revoir, à Tahiti, il suffit de dire quelque chose comme « reste assis » : *pārahi* ! Ce n'est pas grand-chose mais cela vaut tous les discours : on ne pose pas la question de l'identité mais celle du chemin, du mouvement *vers* ou à partir de, l'itinéraire emprunté vaut carte d'identité. Si la sphère ou la monade, voire, pour suivre la pensée d'Haudricourt, la graine peuvent symboliser en Europe la personne dans sa clôture et son autonomie, cela ne fait pas sens dans le Pacifique. Ce qui prévaut ici, c'est la logique du greffon : cela prend ou ne prend pas mais avant de trancher, on se sera inscrit dans un processus complexe où la nouveauté adoptée, dans tous les sens du terme, nourrira et développera encore davantage le réseau. La vraie question n'est pas identitaire mais relationnelle : « toi qui viens d'une autre vallée ou d'une autre île, qu'as-tu à échanger avec nous ? »

Ainsi, poser la question en termes d'identité infléchit une problématique qui se pose plutôt, en Océanie, en termes de plus ou moins grande proximité, proximité pensée par la voie d'itinéraires généalogiques et de réseaux d'alliances. Ce qui fait sens, ce sont les modalités d'inscription d'un sujet dans des appartenances à partir desquelles il se sent reconnu comme personne dans une acception qui n'est ni grecque ni romaine.

Vous aurez compris que j'ai tenté d'amener l'idée d'un pluralisme juridique positif posé non pas par une discrimination politique mais par une exigence éthique. Ayant dit cela, je comprends aussi et surtout que je ne dois pas me hasarder davantage sur le terrain des juristes et qu'il est temps pour moi de céder la parole.

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **LES VISAGES DE L'IDENTITÉ**



## L'identité calédonienne – Le « je » et le « nous »<sup>1</sup>

**Jone Passa**

Sociologue

23

Avant de commencer ma contribution, je voudrais ici rendre deux hommages. Le premier va à Régis Lafargue<sup>2</sup> pour le travail intellectuel et humain qu'il a mené jusqu'au bout de sa vie malgré la maladie et les obstacles. Je garde pour lui un profond respect. Nous avons beaucoup échangé sur nos visions respectives du droit dit « coutumier », mais également sur son impact sur la société kanak. Régis Lafargue a toujours eu le souci de donner une cohérence à ses réflexions. On l'a accusé d'être un pro-kanak, mais je pense qu'il avait surtout le souci de l'éthique de la justice. Il faisait de l'« anthropologie juridique » dit-on aujourd'hui. Je pense qu'il avait pour volonté de produire une justice posant l'altérité comme une évidence. Nous pouvons le soupçonner de sympathie avec son sujet, mais nous ne pouvons pas douter de sa rigueur ou de son honnêteté intellectuelle. Je tiens à lui rendre un hommage plein de reconnaissance pour le travail qu'il a engagé sans jamais renoncer ni à ses convictions ni à ses responsabilités.

Le second hommage que je souhaite rendre aujourd'hui va aux assesseurs coutumiers : ces femmes et ces hommes qui tentent de donner du sens à leur engagement malgré l'ingratitude du travail qu'ils accomplissent au tribunal. Ingrat, car la reconnaissance n'y est pas toujours, ingrat, car ils doivent essuyer les critiques venant de toutes parts. Tantôt accusés de défendre l'indéfendable, tantôt coupables d'être un frein à la reconnaissance du statut de victime, pour les femmes en particulier. Ingrat, car ils voient des problèmes contre lesquels ils sont impuissants. Ingrat encore, parce qu'ils sont assimilés parfois à des auxiliaires de justice. Ingrat enfin, car ils jouent les médiateurs sur un terrain où se déroule encore une guerre de tranchées et d'usure qui ne dit pas son nom.

### I. « ÊTRE D'ICI » ET « ÊTRE D'AILLEURS »

La question de l'identité reste la principale cause d'un important contentieux aux multiples visages. Si l'identité coloniale était articulée autour d'un dialogue entre l'autochtone et l'étranger, elle tourne aujourd'hui autour du « être d'ici » ou « être d'ailleurs ». Ce glissement que certains qualifieront de sémantique reste le point de crispation le plus douloureux à tout point de vue. Paradoxalement depuis la période des deux accords, Matignon et Nouméa, censés initier la notion de communauté de destin, les positions n'ont jamais été aussi tranchées. « Être d'ici » et « être d'ailleurs » alimentent depuis quelques décennies les antagonismes en tous genres. « Être d'ici » et « être d'ailleurs » posent le débat entre les ancrages et les

1 - Cette contribution est la retranscription des propos de l'auteur au colloque « L'identité et le droit » qui s'est déroulé les 3 et 4 novembre 2016.

2 - Régis Lafargue, magistrat, ancien conseiller près la cour d'appel de Nouméa, docteur en droit.

appartenances. L'identité est ce qui fait sens. Elle donne à la personne les significations et les directions pour être en résonance avec le lieu. En ce qui nous concerne les choses sont complexes et difficiles. L'identité reste un sujet insaisissable, intraduisible, incompréhensible. Entre les identités héritées, les identités recomposées, les identités falsifiées, les identités inachevées, les identités inconnues, les places sont chères, fragiles et en proie à des justifications permanentes. Ce pays est traversé par une pensée qui pose l'identité comme incontournable dans la construction d'un commun capable de lier les populations habitant ici.

De quoi parle-t-on lorsque l'on parle d'identité ? L'évolution politique de ce pays apporte plusieurs visages à l'identité. Le genre culturel est symbolique et il foisonne de manifestations pour affirmer avec esthétisme et vigueur la présence d'une société multiculturelle vantant ses richesses et ses atouts. Le choc culturel n'est pas avare de production en vantant les mérites d'une société multiethnique et forcément multiculturelle. Mais sorti des spectacles, chacun retourne chez soi pour faire de l'entre-soi car plus sécurisant, moins violent. Nous sommes dans la société du spectacle pour reprendre le titre du livre de Guy Debord. Nous sommes dans une forme de mercantilisation de nos rapports sociaux, allant jusqu'à de nouvelles formes de simulateurs de rencontres. En même temps que ces concerts, ces pièces de théâtre, ces fêtes, il y a un glissement du spectacle vers un mot qui est très courant en Nouvelle Calédonie : l'évènementiel. Nous aimons ce terme d'évènementiel puisqu'il marque les identités. Les spectacles sont fortement imprégnés par ces lignes de démarcation identitaires auxquelles il faut ajouter une autre forme de démarcation : la démarcation statutaire au sens économique, fruit d'une société légèrement inégale.

De fait ce pays est plongé dans une insécurité identitaire, accentuant les sillons entre les sociétés, les communautés, les personnes, les espaces. En plus d'être visible dans les manières de faire et d'être, elle est aussi audible à travers les radios locales, en particulier dans la rubrique « coup de gueule ». Chaque événement, que ce soit un match de foot, une élection de miss Nouvelle-Calédonie ou encore un fait de violence à l'école ou ailleurs, est passé à la sagacité des auditeurs. Les propos sont loin d'être apaisants et compréhensifs. Le fait d'être « d'ici » ou « d'ailleurs » s'affronte sans retenue, ni faux-semblants. L'anonymat aidant, les auditeurs se laissent aller à des jugements de valeur. Il n'y a pas de place pour le juste milieu. L'identité ici n'est pas qu'un simple patronyme pris dans les réseaux d'alliances matrimoniales ou autres, mais bien la combinaison de plusieurs éléments, une accumulation de plusieurs trajectoires, histoires, assumées ou non. Pour avoir une idée du climat de ce pays, il suffit d'écouter les radios. On y trouve de nombreux enseignements sur la nature du vivre ensemble calédonien.

## II. LE « JE » ET LE « NOUS »

Le « je » et le « nous » sont une autre traduction des rapports sociaux dans ce pays. Il ne s'agit pas ici de discuter de l'individualisme dont le « je » serait une figure de proue, mais de comprendre ce face-à-face à l'épreuve du lien social. Les mutations contemporaines voient le « je » prendre le pas sur le « nous » et on constate que l'individu s'émancipe de toute entrave sociale marquant le sens des liaisons sociales. Tout se passe comme si le premier reléguait le second à un rôle de spectateur des enjeux sociétaux. La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à ces mutations. Le face à face entre le « je » et le « nous » devient un enjeu majeur dans les rapports sociaux entre les différentes strates de la population calédonienne. Mais c'est la société kanak qui va subir le plus fortement les effets de ces mutations. En effet, l'apprentissage du « je » ne va pas de soi dans la culture kanak. Il nécessite un référentiel capable de

décliner non plus son identité, mais ses identités avec parfois une simultanéité dans cette déclinaison. Ce n'est pas tant que le « je » n'existe pas, mais il est à reformuler en fonction du contexte, autrement dit des éléments constitutifs d'une société.

L'idée que l'identité du « je » est une nouvelle forme d'émancipation de l'identité du « nous », comme le disait Elias, mériterait d'être relativisée tant les sociétés contemporaines sont en quête du juste milieu entre la société et ses composants. Les opposer devient une forme de combinaison entre une trajectoire personnelle et les attentes collectives. Entre l'identité du « je » et l'identité du « nous », les rapports ne sont plus aussi naturels. À l'instar de Ricœur, on remarque que la personne est prise en tenaille entre l'éthique de conviction et l'éthique de responsabilité. C'est dans ce sens que l'identité du « je » et l'identité du « nous » pose problème. En effet, le « je » présenté tel quel n'est pas pertinent. Il lui manque un attribut complémentaire. Le « je » n'a pas de résonance ; en revanche, le « moi je » est une figure familière de la Nouvelle-Calédonie. C'est un peu le Tartarin de Tarascon calédonien. Mais au-delà de cette boutade c'est toute la pertinence de cette idée qui s'affiche. L'homme n'est plus pris entre deux identités, mais entre trois identités : le « je », le « nous » et le « moi je » relié aux situations, aux statuts. Cette cryptie identitaire symbolise l'évolution de la personne à l'intérieur d'une société. La société Calédonienne, si l'on peut parler ainsi, a beaucoup de mal à parler du « je ». Le « nous » est la norme dans le « parler local » pour souligner les appartenances, et derrière les ancrages.

Le patrimoine colonial de cette société globale est mené par la règle de l'oubli. Le caractère colonial met le rapport je/nous dans une dissonance permanente. Et parler du caractère colonial c'est souligner la nature des positions entre eux. Revendiquer le « je » comme un élément constitutif d'une identité c'est prendre le risque d'être écarté. Le « je » est fragile car susceptible de rompre les contrats sociaux entre les membres des deux sociétés habitant ce pays. La société Calédonienne affiche une forte préférence pour le « nous » car il sécurise à tous points de vue. Le « nous » organise les modalités de la régulation sociale tout comme il donne du sens à ce « vivre ensemble » revendiqué, mais difficile à définir et à cerner.

Pour étayer mes propos, je propose cinq axes qui sont actuellement développés par Patrice Godin et moi. Ces travaux s'appuient en particulier sur une étude demandée par la Nouvelle-Calédonie sur la place de la ville dans la construction des identités des premières familles kanak habitant notamment sur Montravel-HLM, Sainte-Marie et Logicoop. Ce travail de terrain est riche d'enseignements car il permet de saisir tout le glissement des familles. On s'aperçoit que la famille est le premier titulaire du mot « je ». L'irruption de la famille dans les sociétés océaniques, comme autrefois dans les sociétés dites occidentales, a modifié radicalement les places et les statuts. La famille sera le premier « je ». Nous avons l'autre représentation de la famille comme la structure de base de la société, comme étant composée de plusieurs membres. Il ne peut pas s'agir d'un « je » quand la famille constitue le premier « je ». Les sociétés kanak vont exprimer ce concept avec plus ou moins de succès. L'entrée de la structure familiale dans les structures de parenté kanak va pousser la société à fabriquer des frontières pour éviter les confusions.

La famille est un « je » qui brouille les lectures. Elle est une entité singulière qui conteste les structures de parenté en les dépossédant des figures d'autorité. Je fais référence ici à ce travail d'accompagnement social des familles présentant des dysfonctionnements. On mesure la difficulté des familles à proposer des alternatives à l'accompagnement des enfants. On le perçoit bien dans l'accompagnement des familles en difficulté.



Faire appel à un groupe, en l'occurrence à l'identité « nous » révèle une souffrance. La famille, figure d'émancipation, se retrouve isolée. Le travail actuellement mené sur le phénomène de l'urbanisation des premières familles kanak installées dans la ville démontre assez bien cette construction d'une identité « je ». La famille va expérimenter la mise à distance comme une souffrance, une fêlure. Affirmer que la famille est un « je » se voit dans l'exemple de la dévolution successorale. Le travail de terrain révèle des situations où la maison est devenue « le bien » et non pas un bien. Ce bien doit pouvoir répondre à deux questions que tout oppose : À qui revient ce bien ? Quelle valeur retenir pour définir ce bien ? Valeur monétaire ou valeur sociale ? Cela signifie pour la famille une connaissance des termes relevant de la succession.

Précisons ici que le projet de loi du pays sur la dévolution successorale relative aux personnes kanak de statut civil coutumier est encore en phase de consultation. La réponse ne concerne en rien le « nous », mais simplement le « je famille ». Beaucoup de maisons appartenant à des kanak de statut civil coutumier s'abîment, faute de trouver un terrain d'entente. Le « nous » comme élément de régulation sociale ne peut pas intervenir. Le « je - famille » introduit un nouvel élément qui est l'espace privé. La privatisation de la famille dans la pensée kanak empêche toute intrusion ou toute modalité de régulation. La famille se retrouve seule à gérer une ou plusieurs situations qui la dépassent. Chercher un soutien familial relève du miracle.

L'histoire de ces jeunes en mal de liens ne peut que conduire à des formes de radicalisation trouvant leur exutoire dans un comportement à risque, voire meurtrier. L'autre élément producteur du « je » est l'enfant. Pour illustrer ce propos, je prendrai la situation d'un enfant suivi. Le suivi a pour origine un signalement suite à des comportements suicidaires. L'enfant a neuf ans. Cet enfant a été donné par sa mère biologique à sa sœur. Cette dernière avait un compagnon et elle vivait chez lui. Après un temps de réflexion, ce compagnon accepte de prendre l'enfant. Sa famille n'accepte pas cette transaction, mais elle fait comme si. L'enfant porte donc le nom de ce compagnon. Il n'y a pas eu de mariage, mais cet enfant considère cet homme comme son père. Quelque temps après, le couple se sépare. Monsieur se retrouve avec un enfant avec qui il n'a pas de lien de sang. Cela étant, il a tout de même eu une histoire d'amour avec une femme qui, elle, a un lien avec cet enfant. Se pose alors la question de savoir où est la place de cet enfant. Quelle est sa véritable identité ? Doit-il retourner auprès de sa famille biologique ou doit-il rester chez ce père aimant ? Doit-il changer de nom ? A-t-il sa place dans la famille de monsieur ? Faut-il travailler la dimension affective qui ne donne pas de place sociale ou, au contraire, rendre l'enfant pour donner une cohérence ? Cet exemple permet de saisir les enjeux de l'identité quand l'identité « je » s'oppose à l'identité « nous ». Le travail s'avère délicat. Comment donner de la cohérence à une identité brouillée, voire même exempte de toute référence ? Sans parler du droit de l'enfant qui n'est pas le propos ici, c'est bien de la légitimité qu'il s'agit. Ces situations font apparaître une forme d'individualisation qui ne dit pas son nom. La violence pour cet enfant est de partager une identité « nous » mais sans y être affiliée. La situation des enfants ou jeunes suivis montre combien le rapport entre le « je » et le « nous » porte les stigmates des sociétés en confrontation permanente. Entre l'absence de place chez l'une et la non-reconnaissance chez l'autre, s'impose le « je » comme palliatif de l'identité plus que choix assumé. L'autre figure qui expérimente douloureusement ce « je » face au « nous » est la femme. Elle transporte avec elle ses choix par défaut. Celle de la femme victime de violences en tout genre. Elle se trouve dans l'impossibilité de faire le choix entre le « je » et le « nous ». Le statut de la femme victime dans ce pays marque cette confrontation entre son ancrage et son appartenance. Les propositions faites pour l'accompagner et rompre ce climat de violence n'auront de sens que si la femme accepte de se renier. Le mot peut paraître excessif, mais il ne l'est pas. Rompre avec son environnement

d'origine pour se reconstruire est indispensable. Souvent la femme rechigne à s'y résoudre, et souvent ce frein, cette opposition, met les institutions à mal. En Nouvelle-Calédonie, on ne choisit pas, les choix s'imposent. Contrairement à ce que dit Elias, un homme ou une femme ne peut être en dehors de tout groupe. La situation de la femme victime dans ce pays est doublement victime : victime de la violence chez elle et victime d'un accompagnement qui lui propose l'identité « je » comme seule alternative. Ce n'est plus un choix qu'elle doit faire, c'est une obligation qu'elle doit suivre. On est dans cette confrontation permanente entre le « je » et le « nous » en fonction des espaces, des contextes. Il y a un mot qui marque le degré des relations dans ce pays. Ce mot que nous entendons tous, que nous concevons tous comme un mot assez vulgaire, c'est le mot : bâtard. Le mot bâtard c'est le mot hanté d'une parade d'insultes transpatiales. L'omniprésence de ce mot montre combien l'identité reste incertaine, fluctuante. Tant que ce mot restera ce credo de la rencontre, les temps à venir risquent d'être difficiles. Le malaise ou le mal-être risque d'être durable. On est dans cette opposition-là. Traiter quelqu'un de bâtard dans une classe ou dans une cour d'école, c'est démontrer l'absence d'identité, d'ancrage pour une société construite sur cet ancrage.

## Les liens sociaux en pays Hyeehen Éléments d'un vocabulaire de l'identité

**Patrice Godin**

Université de la Nouvelle-Calédonie, TRajectoires d'OCéAnie (TROGA)

28

*Nous ne sommes jamais... je ne suis jamais moi. Moi, c'est lié à l'individu. Je suis toujours quelqu'un en référence à. En référence à mes pères, en référence à mes oncles. Cela est très grave dans la société moderne, pour prendre des décisions, et surtout des décisions rapides. Alors nous sommes toujours en train de consulter, faire des conseils, des palabres. Et on a des problèmes parce qu'on n'est pas assez rapide. Cela c'est important. C'est important parce que cette relation qui existe au niveau de l'individu, de l'homme, se retrouve dans la société. Il n'y a de personne qu'en référence <sup>1</sup>à. Toujours. Dans ce contexte-là, je dirais que l'homme qui est réussi, c'est l'homme qui garde bien les alliances d'un côté et de l'autre. Avec les pères, et avec les oncles. Les oncles maternels et les mères.*

Jean-Marie Tjibaou  
*Esprit*, Nouvelle série, n° 57 (9)  
Septembre 1981, p. 86

Extraites d'une conférence délivrée par Jean-Marie Tjibaou en 1981, ces quelques lignes ont encore de quoi déconcerter aujourd'hui. D'abord par la conception résolument sociale de la personne kanak qu'elles expriment, laquelle fait contraste avec la représentation dite « occidentale et moderne » qui sépare radicalement « individu » et « société », quand elle ne les oppose tout simplement pas. Ensuite, par l'accent mis sur les consultations, les conseils et les palabres. Le vocabulaire couramment utilisé en français pour parler de l'organisation sociale kanak – « chefferie », « clan », « grand chef », « chef de clan », « sujet », « propriétaire foncier », etc. – ne laisse pas de suggérer l'existence d'une société très hiérarchisée et, conformément à la vision européenne, à pouvoir fort, rien moins que démocratique. Comment expliquer un tel contraste ? Enfin, les propos de Jean-Marie Tjibaou peuvent surprendre par la contradiction qu'ils dessinent entre société kanak et société « moderne », au détriment de la première trop lente, trop peu réactive quand il s'agit de prendre des décisions.

Je n'entends pas dans cette communication commenter le texte de Jean-Marie Tjibaou, encore moins répondre aux diverses interrogations que peut susciter sa lecture, seulement en montrer la pertinence dès lors que l'on entend comprendre le poids qu'ont aujourd'hui encore dans le monde kanak les « relations sociales », dans la définition et la construction

---

1 - J.-M. Tjibaou, 1981, « Être mélanésien aujourd'hui », *Esprit*, 57, p. 81-93.

des identités personnelles. Et pour ce faire, je me propose d'examiner la signification de quelques-uns des mots qu'emploie pour en parler une des vingt-huit langues kanak, la langue némi du haut de la vallée de la Hienghène d'où était originaire Jean-Marie Tjibaou. Dans le cadre d'une communication scientifique, l'exercice sera nécessairement limité, mais je veux espérer que tel quel il permettra déjà d'appréhender une partie de la complexité des idées qui, dans la société kanak d'aujourd'hui, demeurent associées à la notion de « personne » et des difficultés qu'il y a à simplement essayer de les traduire.

#### *Pe-hwangen* « relations-maison »

Le premier mot à considérer est celui qui sert à désigner les relations sociales elles-mêmes, *pe-hwangen*. Il est composé du préfixe *pe-* indicateur de réciprocité et du radical *hwangen* qui signifie « sa manière de faire, son moyen, sa solution, son explication »<sup>2</sup>, mais aussi, selon une étymologie locale unanimement acceptée, « sa maison ». À Hienghène, être en relation, c'est littéralement être « maison l'un pour l'autre »<sup>3</sup>. Chaque relation sociale se définit comme un lien de commune appartenance à un lieu précisément situé dans l'espace, à une « maison » (*nga, hwanga*). Et comme aucune maison ne saurait être détachée du groupe humain qui l'occupe, cette appartenance a aussi le caractère d'une affiliation. Appartenir à une même maison, c'est y avoir des ancêtres (*puun*) – ceux qui l'ont jadis fondée comme ceux qui y sont enterrés – et consécutivement y avoir des parents.

De ce premier principe, découle trois traits communs à toutes les relations sociales.

D'abord, la parenté procédant d'un rapport d'affiliation, c'est assez logiquement que celle-ci s'exprime sous la forme de liens de germanité, réels, classificatoires ou héréditaires (transgénérationnels). Être parents à Hienghène, c'est être « germains » au sens large (*pe-been*, de *pe-* préfixe réciproque et *been* « germains »). Indifférent au plan du genre, le mot *been* a dans les langues locales une acception des plus étendues qui va de la germanité « vraie » – les frères et les sœurs issus des mêmes parents sont de « vrais germains » (*duu pe-been*) – à la simple amitié, en passant par l'affirmation d'apparentements parfois très éloignés.

Ensuite, tout rapport de parenté étant appartenance à une « maison », qu'on y réside ou non, suppose en plus d'obligations réciproques entre parents un accès partagé aux terres du groupe, même si bien sûr selon la distance généalogique, le rang ou le sexe de ceux par lesquels passe la relation, il existe des modalités différentes et des gradations dans l'exercice effectif de la prérogative. Il est important de souligner cette dimension des relations sociales, la transmission du lien à la terre étant souvent présentée en Nouvelle-Calédonie comme passant exclusivement par les hommes. En vérité, c'est là confondre le lien fondateur à la terre qui, de fait, transmet généralement en ligne patrilinéaire et la possibilité de son usage qui s'étend à la plupart des membres de la parenté.

2 - F. Ozanne-Rivierre, 1979, *Textes Nemi (Nouvelle-Calédonie)*, t. 2, *Bas-Coulna et Haut-Coulna, accompagnés d'un lexique nemi-français*, Paris, SELAF, coll. Langues et civilisations à tradition orale.

3 - P. Godin, 2015, « Les échanges sont le souffle de la coutume. Logiques sociales de la vie et de la puissance en Pays hyeehen (Nouvelle-Calédonie, Côte nord-est) », thèse de doctorat, Université de Nouvelle-Calédonie.

Enfin, dans un tel système une personne revendique toujours plusieurs appartenances. Les identités parentales et les enracinements locaux sont par définition multiples. Dans son article de 1981, Jean-Marie Tjibaou mentionne surtout les liens procédant du père et, par la mère, de l'oncle maternel<sup>4</sup>, mais il en est beaucoup d'autres que les Kanak de Hienghène répartissent en deux catégories : les « relations par les chefs » (*pe-hwangen nao daama*) et les « relations par les soutiens » (*pe-hwangen nao yabwec*). Les premières englobent l'ensemble des liens de parenté qui, pour une personne, découlent de la position du chef de son sous-clan (*daama xen tuun*) dans les alliances politiques qui ont présidé à la constitution de la « chefferie » de son pays de rattachement (cf. *infra*). Pour les plus anciens, ces relations étaient les seules qui, avant la colonisation, permettaient de prendre une vue d'ensemble du système social. Avec les déplacements de population et la politique de cantonnement de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et du début de XX<sup>e</sup>, cette lisibilité s'est souvent brouillée mais ces relations demeurent celles qui, au-delà des individus, déterminent la constitution des différents groupes et niveaux de segmentation de l'organisation communautaire : la lignée (*nyin*), le sous-clan (*tuun*), le clan (*hwan-meevu*) et la chefferie conçue comme « maison d'un aîné ultime » (*hwangen tneamaa*). Les « relations par les soutiens » réfèrent, quant à elles, aux liens de consanguinité et d'affinité existant entre les personnes et leur « sous-clan » d'appartenance indépendamment des relations statutaires entre les chefs<sup>5</sup>. Alors que les « relations par les chefs » sous-tendent la constitution des différentes unités sociales, les « relations par les soutiens » participent à leur reproduction.

#### *Nyin*, la « ligne »

Le terme *nyin* signifie en premier lieu « rangée, file, alignement, ligne ». On parle d'un « alignement d'ignames » (*nyin kuuk*) ou d'une « rangée d'arbres » (*nyin ceek*) (Ozanne-Rivierre 1979). Mais au plan social le mot revêt plusieurs significations étroitement imbriquées. En premier lieu, il désigne indifféremment la « lignée » rassemblant tous les descendants (*daagunen*) d'un proche ancêtre agnatique (*pue kac*) ou la ligne généalogique, patrilinéaire ou non, rattachant un individu à l'un de ses ancêtres. Ainsi, un dicton (littéralement, « vraie parole », *duu falik*) affirme-t-il qu'une personne dispose de trois lignes généalogiques ou lignées distinctes pour établir son lien de parenté (*pe-hwangen*) à une autre :

- la ligne généalogique de son père (*nyin nen tnaun*)
- celle de sa mère (*nyin nen tnen*)
- celle de son « chef de sous-clan » (*nyin nen daama xen tuun*).

Ces trois lignes ne sont ni équivalentes, ni interchangeables. La principale affiliation d'un individu, celle qui le rattache à son sous-clan (*tuun*), passe en principe par les hommes et c'est donc de la lignée de son père que quelqu'un partira le plus souvent pour déterminer un rapport de parenté. La référence à la lignée de la mère – en fait du père et des frères de la mère – n'est prise en compte qu'en cas d'absence de lien connu ou reconnu du côté du père ou si le lien établi par

4 - J.-M. Tjibaou, 1981, « Être mélanésien aujourd'hui », *op. cit.*

5 - B. Gonyi, 2007, *Thewe men Jila. La monnaie kanake en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Édition Expressions et province Nord, p. 39.

ce côté apparaît généalogiquement plus lointain que celui constaté du côté de la mère. En effet, un individu est souvent à même de reconnaître plusieurs rapports de parenté avec une même personne et, dans ce cas, c'est toujours le plus proche qui est pris en considération, question de « respect » (*ciimo*). On peut également s'appuyer sur la patrilignée maternelle quand il s'agit de déterminer sa place et ses obligations dans certaines situations d'échange cérémoniel. Quant à la ligne généalogique du chef de son sous-clan (*daama xen tuun*), on ne s'y reporte que pour se situer au sein des relations par les chefs (*pe-hwangen nao daama*).

En plus de ce sens proprement généalogique, le terme *nyin* signifie également « génération » et « rang ». Ces deux acceptions ne sont pas totalement séparables de la précédente et, pour le comprendre, il faut savoir que les Hyeehen ne dissocient pas plus la parenté du statut que de la localité. À l'échelle de la lignée et plus largement du sous-clan (*tuun*), la corrélation apparaît très clairement puisque le principe de hiérarchisation affiché est celui de l'aînesse qui revêt comme souvent en Océanie un caractère héréditaire. En opposant de manière récursive aînés (*hien*) et cadets (*talín*), la primogéniture fait que le rang (*nyin*) d'une personne se trouve conjointement déterminé par son ascendance et par sa génération. À chaque génération, l'aîné de la lignée aînée du sous-clan (*tuun*) qui a rang de chef (*daama*) conserve le statut de son père, tandis que les cadets et leurs descendants décalent tous d'un rang (fig. 1).

Au sein des unités sociales plus englobantes (fig. 2), clan et chefferie, le rang n'est plus fonction de l'aînesse, mais du positionnement des « chefs de sous-clan » (*daama xen tuun*) dans les alliances qui au cours de l'histoire ont conduit à leur formation ou reformation. Mais ce positionnement ayant valeur statutaire, c'est aussi dans le langage de la parenté qu'il est exprimé. Au sein du clan, appelé « entrée de frères » (*hwan-meevu*), les chefs des différents sous-clans sont classés en « aîné » (*tnea*), « cadet » (*hmweau*), et « soutiens » (*yabwec*) et leurs groupes respectifs en « sous clan du chef » (*tuun o daama*), « sous-clan du cadet » (*tuun o hmweau*) et « sous-clans de soutiens » (*tuun o yabwec*). Dans la chefferie ou « maison » (*nga, hwanga*) au sens le plus large, l'« aîné ultime » et les différents « sous clan du chef » (*tuun o daama*) du pays se rangent comme s'ils relevaient de générations distinctes : l'« aîné ultime » (*tneamaa*), dit « grand chef » en français, est regardé comme le « petit-fils et fils » (*paguun men nain*) de ses soutiens (*yabwec*) qui se distribuent quant à eux d'une part en « pères » (*tnaun*) et « grands-pères » (*cniun*), d'autre part en « vieux » (*vain kac*).

Ce n'est pas le lieu ici de détailler les fondements d'une telle organisation statutaire, mais il est important de souligner qu'elle correspond à une double hiérarchie de statuts. À l'origine de chaque chefferie, il y a à Hienghène, comme dans le reste du monde kanak mais également à Fiji et dans beaucoup d'endroits en Océanie, une conquête et une alliance. À la suite d'une guerre, cette dernière a été instaurée entre un ancien « aîné ultime » (*tneamaa*) vaincu et son vainqueur en échange de la paix. Le grand chef défait a donné sa fille ou sa sœur aînée en mariage au gagnant en même temps qu'il lui a remis l'autorité sur le pays et ses signes (un des noms les plus prestigieux de son « clan », le tertre de sa grande maison, le panier de la chefferie, etc.). Ce pacte a été scellé par une cérémonie d'investiture (*parui ven daama*) au cours de laquelle l'ancien grand chef a joué le double rôle de père et d'oncle maternel de son remplaçant. En tant que premier oncle maternel, il a littéralement « donné » le grand chef vainqueur à ses soutiens (*yabwec*) de la même manière qu'à la naissance la mère et l'oncle maternel « donnent » un enfant au père et à son sous-clan. De conquérant, le nouveau grand chef est ainsi devenu l'« enfant chef » (*naye-daama*), le « petit-fils et fils » de ses soutiens. À ce titre, eux aussi lui ont transmis des noms personnels (*yat*) appartenant à leurs propres sous-clans, créant entre lui et eux un véritable lien de filiation. Ils lui ont aussi transféré d'autres

signes d'autorité tels que le masque et la flèche faîtière de sa grande case. Avant même, la cérémonie d'investiture, les soutiens du chef vaincu et du chef vainqueur se sont longuement réunis pour décider de l'organisation de la nouvelle Maison. Le résultat de leurs débats a été scellé par plusieurs actes, notamment par des échanges visant à établir de nouvelles alliances et donc de nouveaux rapports statutaires au sein de la Maison. Le chef vaincu a pris rang de « père » à côté de ceux qui avaient appuyé le chef victorieux dans sa conquête. Les anciens « pères » sont devenus des « grands-pères » et les anciens « grands-pères » des vieux. En d'autres mots, à l'instar des cadets qui, à chaque génération, se décalent tous d'un rang par rapport à l'aîné du sous-clan, les anciens sont tous descendus d'un cran dans le système statutaire de la chefferie. Avec toutes les implications qui en résultent pour le partage de l'autorité. En effet, les « grands-pères et pères » (*cniun men tnaun*) sont « ceux qui parlent et décident » au sein de la maison de l'« aîné ultime ». Les « vieux » en sont exclus, leur mission consiste principalement à garder les limites du pays et ses « chemins » vers l'extérieur. Toutefois ce n'est là qu'un aspect de l'organisation sociale. En effet, face préséances dans l'ordre de l'autorité, il en existe d'autres totalement inverses dans l'ordre du lien à la terre. Placés en dehors de la Maison, les « vieux » sont de cet autre point de vue les garants de la relation spirituelle qui unit les habitants du pays à la terre, ils en détiennent les rituels. De leur côté, les grands-pères sont les détenteurs de magies qui autorisent l'ouverture de la terre aux cultures et en gouvernent le calendrier annuel. L'antériorité historique sur le sol prime ici sur les allégeances politiques et dessine les fondements d'un ordre social plus complexe qu'on ne le pense généralement en le regardant de l'extérieur.

Dans le champ des « relations par les soutiens » (*pe-hwangen nao yabwec*), à l'instar de toutes les communautés kanak, les Hyeehen continuent de nettement distinguer les liens entre parentés paternelle et maternelle. Le contraste est à mettre en relation avec les représentations que les Hyeehen se font traditionnellement de la conception d'un enfant. À un enfant, la mère et sa famille donnent la « vie » (*maric*), qui passe par le « sang » (*kuran*). La médecine locale décrit un véritable processus de coagulation qui aboutit à la formation du « corps » (*cenen*), de l'enfant. Le sperme, qui est transformation du sang du père, fabrique en durcissant le squelette (*duun*), qui vient arrêter le sang de la mère et lui permettre de s'accumuler pour constituer les parties molles du corps<sup>6</sup>. Consubstantiel au sang, l'« esprit » (*nawen*) de l'enfant se confond quant à lui avec son souffle (*hnanan*). Emanation de l'esprit ancestral du sous-clan maternel<sup>7</sup>, il demeure à l'état, pour ainsi dire, dormant jusqu'au moment où l'oncle maternel, le frère attiré de la mère, l'éveille par un rituel aujourd'hui plutôt édulcoré, le plus souvent une simple prière. De son côté, le père, en plus de bâtir le squelette et de fixer la « vie » dans le ventre de la mère est celui qui, dès la naissance, va, avec ses frères et ses sœurs, enraciner le nouveau-né dans son sous-clan et au-delà dans l'espace social de la « chefferie ». Du père, on dit qu'il donne le « nom » (*yat*), et le « rang » (*nyin*). Les deux éléments sont liés. Il y a d'abord le « nom souche » ou « nom ancestral » (*puyat*) du sous-clan qui a valeur de patronyme et enracine l'enfant dans le réseau des relations d'alliances claniques. Puis, il y a le fait que chaque sous-clan possède en propre un répertoire limité de « noms » personnels – guère plus cinq ou

6 - Cette fabrication s'effectue lors des quatre premiers mois de la grossesse. Après cette période, les rapports sexuels entre époux sont interdits et, en principe sinon en fait, jusqu'au sevrage de l'enfant.

7 - Cet « esprit », lui aussi appelé *nawen*, se confond avec l'ancêtre apical du groupe auquel on attribue de nombreux pouvoirs de métamorphoses. Pour parler de ce personnage central de l'ontologie kanak, Leenhardt emploie le terme impropre de « totem », M. Leenhardt, 1930, *Notes d'ethnologie néo-calédonienne*, Paris, Institut d'ethnologie, coll. Travaux et mémoires, 8.

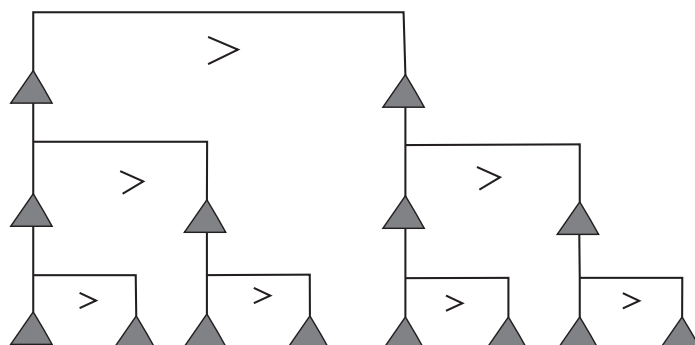


Figure 1 - Ordre de primogéniture au sein d'une lignée

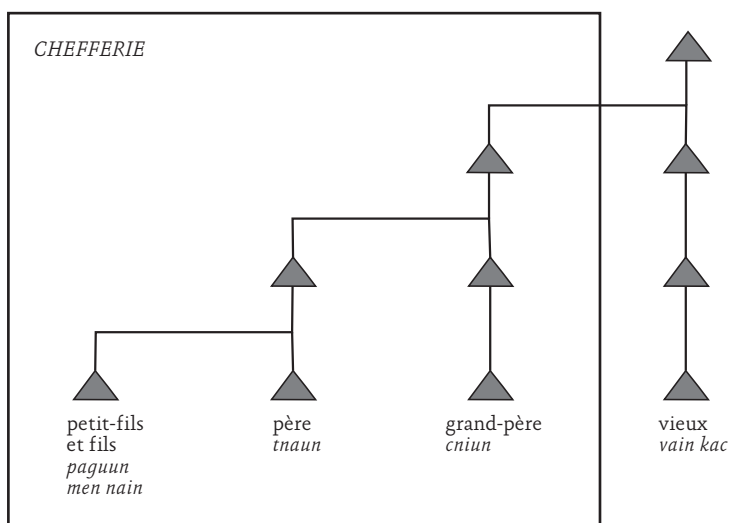


Figure 2 - L'ordre statutaire au sein de la chefferie

six pour chaque sexe – qu'il transmet de génération en génération à certains de ses membres, le plus généralement aux aînés des différentes lignées issues de l'ancêtre fondateur du groupe et de ses frères ou de ses fils... :

*Nous avons, dans les clans quatre ou cinq noms. Ce sont comme des numéros matricules correspondant à des cases sociales. Ce ne sont pas des noms passe-partout. Il n'y a pas de noms publics. Les noms sont la propriété des clans. Si vous prenez les noms que je donne, on va faire la guerre ! Ou bien vous allez recevoir la malédiction des ancêtres, vous allez être malades, vous allez mourir.<sup>8</sup>*

8 - J.-M. Tjibaou, 1981, « Être mélanésien aujourd'hui », *op. cit.*, p. 86.



De fait, à chacun de ces « noms » de personne, le répertoire anthroponymique du sous-clan fait correspondre au moins un site où construire une maison – autrefois une allée résidentielle –, une terre à cultiver, un rang dans la hiérarchie de statuts du groupe, une fonction cérémonielle et plusieurs relations de parenté et d'échange, intérieures comme extérieures au sous-clan, puisque c'est par le truchement des noms personnels qu'on hérite de celles-ci. Et cela est vrai pour les hommes comme pour les femmes, même si, pour celles-ci, les attributs statutaires ne peuvent jamais être détachés de ceux détenus par leurs frères. Des frères qui auront à distribuer les autres noms propriétés du sous-clan à leurs collatéraux et descendants.

Côté « vie », côté « nom », dès la naissance, la composition « duelle » de la personne dessine la géographie tout à la fois de ses obligations vis-à-vis de ses parentés, maternelle et paternelle, et de ses appartenances sociales, lesquelles incluent l'inscription dans une « Maison » ou chefferie. De l'enfant issu d'un mariage sanctionné par les échanges et la communauté, on dit qu'il appartient au sous-clan de son père et qu'il « sort » – ou plus précisément « pousse », la métaphore est végétale – du sous-clan de sa mère. Notons que cela n'épuise pas toutes les affiliations de cet enfant qui est aussi regardé comme appartenant aux sous-clans de ses grands-mères.

*Cneedan*, « chemin »

À la question de savoir quel rapport (*pe-hwangen*) elle a avec une autre, une personne répondra le plus souvent par un terme de désignation ou de relation. Mais si elle souhaite se montrer plus explicite, elle fera état du lien qui, au plan généalogique, justifie le vocabulaire qu'elle emploie. C'est ce lien qui est appelé « chemin » (*cneedan*) par les Hyeehen.

À l'exception des rapports directs de filiation (parents/enfants, grands-parents/petits-enfants), l'énoncé d'un tel « chemin » inclut presque toujours un rapport de germanité dans les générations ascendantes de la lignée prise en référence ; « les pères sont frères », « la mère et la grand-mère sont sœurs », « la mère est une sœur du chef », etc. Le trait se retrouve logiquement exprimé dans le lexique des relations sociales. Les « chemins » (*cneedan*) y sont contrastés selon le type de germanité qui fonde en dernière instance le lien généalogique. Les Hyeehen distinguent ainsi explicitement trois catégories de chemins (fig. 3) : les « chemins des frères dans la maison du chef » (*cneedan nen pe-been le ngen daama*), les « chemins des consanguins » (*cneedan nen pe-been*) et les « chemins des affins » (*cneedan nen pe-kaven*). Les premiers, *cneedan nen pe-been le ngen daama* (fig. 3. 1), correspondent aux « relations par les chefs » et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Les deux autres relient les personnes et les sous-clans (*tuun*) dont elles sont membres indépendamment des relations statutaires en vigueur au sein de la chefferie. Pour un individu, les chemins de ses consanguins ou germains au sens large (*cneedan nen pe-been*) prennent en compte les différents modes d'affiliation (descendance, adoption, don de nom) qui font remonter les liens généalogiques à des germains de même sexe (frère-frère ou sœur-sœur, fig. 3. 2 et 3. 3), alors que les chemins de ses affins (*cneedan nen pe-kaven*) les font procéder de relations de germanité de sexe opposé découlant d'échanges matrimoniaux<sup>9</sup> (fig. 3. 4). Plutôt que de consanguins et d'affins, il serait d'ailleurs sans doute plus juste, en

9 - Le radical *kaven* dénote très précisément : pour un homme, aussi bien l'enfant d'une de ses sœurs (réelles ou classificatoires) que l'enfant d'un frère de son épouse ; pour une femme, aussi bien l'enfant d'un de ses frères que l'enfant d'une sœur de son mari. Autrement dit, un *kaven* est un enfant d'affin. L'adjonction du préfixe réciproque *pe-* à ce radical traduit bien le caractère « généalogique » (héréditaire) de la relation entre affins.

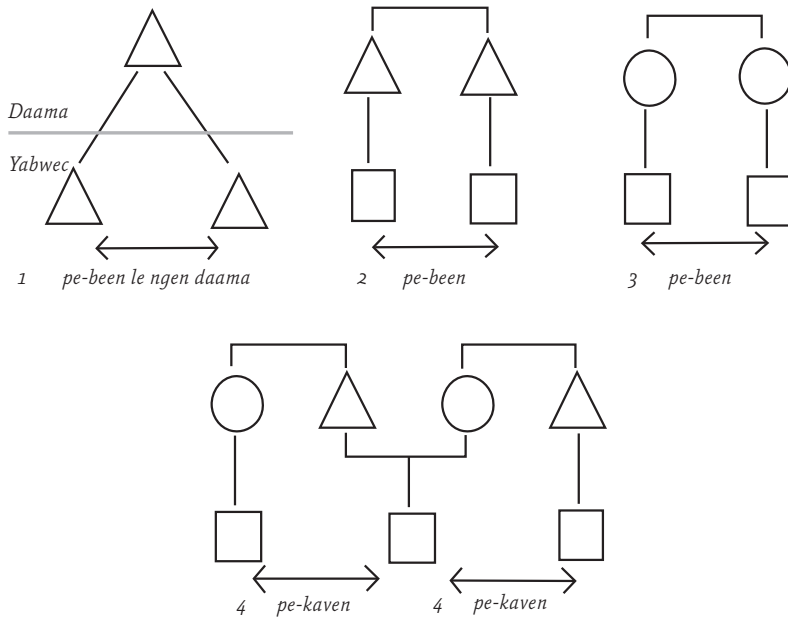


Figure 3 - Les types de chemins

nous inspirant de Louis Dumont, de parler ici de germains généalogiques de même sexe ou de sexe opposé<sup>10</sup>. Tout autant que les liens de consanguinité, les liens d'affinité sont en effet conçus comme des relations d'appartenance à une « maison » et par conséquent comme des rapports transgénérationnels (héréditaires) de germanité. Notons d'ailleurs, sans pouvoir nous y attarder, que ce qu'on observe au niveau des relations individuelles et familiales se retrouve à l'échelle des relations entre sous-clans en vertu d'un primat accordé aux premiers échanges. Aux noms des personnes qui furent les premières à contracter un mariage entre deux groupes restent associés la garde du « chemin » qui historiquement continue de les unir et leurs porteurs sont en principe le passage obligé de toute négociation d'alliances ultérieures.

Maintenant, quels que soient les relations de parenté et les liens généalogiques qui les justifient, la notion de « chemin » est indissociable de l'idée d'échange ou plus exactement de « dons réciproques » (*pe-na*). C'est là un point crucial. Pour les Hyeehen, en effet, en l'absence de lien de parenté connu entre deux personnes ou entre deux familles, il est toujours possible d'en construire un par le truchement d'un don de femme, d'enfant ou de nom. Tout autant que la filiation, le don qui inaugure une relation sociale a valeur de « chemin » (*cneedan*). Inversement, se reconnaître parents (*pe-been*), appartenir à une même « maison », c'est nécessairement entretenir une relation pérenne d'échange, « échanger, se donner mutuellement des choses » (*pe-na-aman*) – selon le lien de parenté, des richesses, des vivres, des femmes, des noms, des enfants, des droits fonciers, des plantes, etc., dans le cadre

10 - L. Dumont, 1975, *Dravidiens et Kariéra. L'alliance de mariage dans l'Inde du sud et en Australie*, Paris, Mouton, coll. Textes sociologiques, 14.

de la vie quotidienne comme dans celui des fêtes qui marquent les principales étapes de l'existence collective (naissance, mort, mariage, prémices des ignames, investiture des chefs). Sans échanges réguliers, aucune relation sociale ne saurait s'inscrire dans la durée. Que les échanges se poursuivent au fil des naissances, des mariages et des deuils et la relation peut perdurer bien au-delà de ceux qui l'ont inaugurée, jusqu'à faire l'objet de récits mythiques (*jama*) constitutifs de l'identité historique des groupes concernés ; qu'ils cessent et la relation s'étirole peu à peu pour s'effacer complètement des mémoires au bout de trois ou quatre générations. De fait, tout ce qui circule dans les échanges est assimilé par les Hyeehen à de la « vie » (*maric*) et l'échange lui-même à ce qui fait la vie de la communauté : *ven pe-na-aman o ven hnaahna ven hun moo*, « les échanges sont le souffle de la coutume ». Dans les discours cérémoniels, l'évocation du bon ou du mauvais état des « chemins » – leur entretien, leur désherbage, la netteté de leur tracé imputable à la répétition des dons réciproques ou au contraire, avec l'étiollement des échanges, leur invasion par la brousse et leur effacement progressif – a valeur de métaphore et traduit la vitalité des relations de parenté et d'échange.

Par ailleurs, pas plus que les « maisons » qu'ils relient, les « chemins » ne peuvent être détachés de leur déploiement dans l'espace social. Toutes les relations de parenté se matérialisent dans le paysage sous la forme d'itinéraires plus ou moins développés et de passages obligés que suivent les messages et les demandes de concertation entre parents ou que les personnes empruntent pour satisfaire à leurs devoirs de solidarité lors des fêtes et des grands événements collectifs<sup>11</sup>. Toute personne, prise dans le jeu des échanges à la fois comme partenaire ou comme « don » (femme mariée, enfant adopté), est elle-même assimilable à un chemin. En fait, il n'est guère d'identité – de personne comme de groupe – qui ne soit à Hienghène le résultat d'un échange et donc un chemin pour d'autres personnes ou d'autres groupes.

*Kac/yat*, « nom »

Ces deux derniers termes doivent être considérés ensemble et en relation avec le concept de « chemin » (*cneedan*). Par « nom » (*yat*), il faut d'abord entendre ici « nom personnel » (*yalen kac*). Le caractère inaliénable de ce nom tient au fait qu'il est, on l'a vu, porteur du statut de la personne – non seulement rang, fonction, liens fonciers, mais aussi relations d'échange puisque, avec son nom, la personne hérite de la garde des rapports sociaux initiés ou entretenus par ceux qui ont porté ce nom avant elle. Et ce trait, à lui seul, suffit à justifier l'affirmation hyeehen que « le nom est l'homme ».

Toutefois, il faut savoir qu'il est des situations, loin d'être rares, où, à l'inverse, est avancée la nécessité de distinguer ces deux réalités – en fait de différencier les relations de parenté (*pe-hwangen*) selon qu'elles sont rattachées à la « personne » (*kac*) ou au « nom » (*yat*) qu'elle porte. La raison en incombe à deux autres traits de l'organisation sociale : l'importance des transferts de noms, sous la forme de dons réciproques de noms (*pe-na-yat*) ou d'adoptions d'enfants (*pe-na-hyaok*) entre sous-clans ; et le fait que l'acquisition d'une nouvelle identité par le jeu des échanges n'efface généralement pas les affiliations antérieures, des personnes comme des groupes. On retrouve ici ce que j'ai été dit plus haut des appartenances multiples. Découlant des échanges et d'une certaine manière les rendant lisibles, affiliations par

11 - J.-M. Tjibaou, 1976, « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Journal de la Société des Océanistes*, 53, p. 281-92, ici, p. 285.

le « nom » (*yat*) et par le « sang » (*kuran*) peuvent ne pas coïncider. Elles n'en sont pas pour autant incompatibles. Elles sont au contraire tenues pour cumulatives et renvoient à des « chemins » différents, à des composantes distinctes de l'identité généalogique des personnes comme des groupes dans lesquels elles s'inscrivent.

On a là un trait, soulignons-le, qui n'est pas spécifique à Hienghène, mais dont on n'a guère su tirer les implications sociologiques jusqu'à aujourd'hui. Alban Bensa, par exemple, signale son existence en pays cèmuhi (région de Touho, plus au sud) dans un passage consacré aux relations d'accueil.

*Les effets de simplification [écrit-il] induits par ces processus qui assimilent l'étranger à un consanguin et lui offre les circuits d'alliance attachés au groupe local n'annihilent pas totalement les identités anciennes du nouveau venu. Ce dernier en conserve, officieusement ou non, le souvenir. Ainsi il entretient des relations d'allégeance propres à son clan antérieur et aux hiérarchies établies dans les agglomérations résidentielles qu'il occupa autrefois. Pour l'étranger nouvellement intégré, la mémoire de ses appartenances à divers groupes peut donner à sa pratique, matrimoniale et politique actuelle, des exigences spécifiques que ses hôtes, dont il est en sorte le consanguin artificiel (sic), pourront partager : possibilité de prendre épouse dans le clan d'où il provient, nécessité de faire allégeance à des « chefs » antérieurs. Ces ouvertures présentent des avantages certains : les relations qu'elles impliquent et entretiennent peuvent être utilisées par le nouvel arrivant : en cas de conflit à l'intérieur de son groupe local, il pourra s'appuyer sur ses relations extérieures et, éventuellement, en faire bénéficier son groupe d'accueil.<sup>12</sup>*

En fait, bénéficiaire de nouveaux appuis extérieurs apparaît comme ayant été une des principales raisons de l'accueil de groupes étrangers par le passé.

Signalons pour conclure cette partie que, pour un sous-clan (*tuun*), le nom de l'ancêtre fondateur en plus d'être un « nom souche » (*puyat*), c'est à-dire un patronyme, peut aussi être utilisé comme un « grand nom » (*yahun*) dès lors qu'il rassemble plusieurs sous-clans et donc plusieurs « noms souches » (*puyat*) dans un clan ou dans une chefferie. Comme le rapporte Jean-Yves Wedoye qui cite ici sa propre mère adoptive, on dit :

*[...] le nom yahun [grand nom] lorsqu'on veut nommer plusieurs tuun [sous-clans] ensemble. Wedoye, c'est un tuun ; Bami, c'est un tuun. Ces tuun sont toujours ensemble avec d'autres parce qu'ils sont reliés au même grand nom (yahun) : Dia. Ils sortent de Ceen Paik : les rochers de Lindéralique (thê). Le Dia (un coquillage), c'est pour nous les hommes, notre esprit d'origine (nawhêi). Nous venons de lui. C'est à partir de ces choses que nous nommons les yahun. Le yahun, c'est notre racine, la racine entre nous. Il y a une seule racine qui rassemble les tuun. Vous avez un autre nom là-bas à Daakuruk. Vous avez chacun un tuun différent. Il y a des tuun de chefs [...] des tuun de sujets. Il y a le tuun Wedoye, le tuun Diae [Jaae], le tuun Kadua [...]. Le vrai grand nom (yahun), c'est Dia. Il y a des noms qui sont des routes [...].<sup>13</sup>*

12 - J.-C. Bensa, A. Rivierre, 1982, *Les chemins de l'alliance. L'organisation sociale et ses représentations en Nouvelle-Calédonie*, Paris, SELAF (Langues et cultures du Pacifique), p. 98, les italiques sont le fait de l'auteur de l'article.

13 - J.-Y. Wedoye, 1985, « Les règles de mariage d'après Pwendi Tchillet », suivi de « Définition de *yahun* et de *tuun* », *La case*, 4, p. 38-49, ici p. 49.

Dans son exemple, Jean-Yves Wedoye fait exclusivement mention du regroupement des noms de différents sous-clans de la moyenne vallée de la Hienghène sous le grand nom, Dia, qui est en l'occurrence celui de l'esprit ancestral de la Maison Bwaarhat, utilisé ici par respect de préférence au nom personnel du *tneamaa*. Mais, ce n'est là qu'un exemple parmi d'autres et il existe d'autres modalités d'apparement entre « noms-souches » (*puyat*), en fait trois qui sont parallèles aux trois catégories de « chemins » évoqués plus haut :

- des noms sont dits « frères » (*yat meevu*) lorsqu'ils sont portés par des groupes qui se regardent comme « parents dans la maison d'un chef » (*cneedan nen pe-been le ngen daama*), autrement dans un même clan (*hwan-meevu*).
- des noms peuvent aussi être qualifiés de « noms même maison souche » ou « maison ancestrale » (*yat pe-punga*) lorsqu'ils sont tenus pour historiquement issus d'un même terroir d'origine et donc d'un même ancêtre.
- des noms enfin sont dits « chemins » (*yat cneedan*) lorsqu'ils s'inscrivent dans un même réseau d'échanges matrimoniaux (*cneedan nen pe-kaven*) ou adoptifs.

## CONCLUSION

Comment conclure ? Les trop brèves analyses qui précèdent témoignent d'une systématique dans les relations qui demanderait à être explorée bien au-delà de ce qu'autorise une communication dans un colloque. Mais en l'état elles devraient permettre, du moins je l'espère, de mieux comprendre les propos de Jean-Marie Tjibaou cités en exergue. Notamment le fait pour une personne d'être « toujours quelqu'un *en référence à* ». Dans le monde kanak, nos sondages dans le vocabulaire némi le montrent, les relations sociales sont toujours bien plus que des rapports entre individus, elles sont des « liens » au sens le plus fort, qui attachent et obligent tout en touchant à ce qu'il y a de plus intime dans la définition de soi comme à ce qu'il y a de plus vital dans l'organisation de la société. Les « relations sociales » ne sont pas extérieures aux personnes, elles en sont au contraire des composantes ; elles forment leur substrat, une dimension de leur constitution qui existe indépendamment de leurs qualités propres et qu'elles ne peuvent négliger ou ignorer sans se renier elles-mêmes<sup>14</sup> ou sans prendre le risque de briser le cercle des relations qui forment le tissu même de l'existence sociale et au-delà de toute la « vie ». On comprend alors le souci avant de prendre toute décision de se donner le temps de « consulter, faire des conseils, des palabres ». Ce sont là des précautions sans doute contraires aux impératifs du mode de vie « moderne », mais qui expliquent assez bien l'extraordinaire endurance de la société kanak après plus d'un siècle et demi de colonisation française.

14 - Voir P. Godin, 1990, « Maisons, chemins, autels. La chefferie à Hienghène », in *Paris-Nouméa, Catalogue de l'exposition De jade et de nacre*, Réunion des musées nationaux ; du même auteur, 2010, « Des malheurs et des hommes. Jalons pour une approche anthropologique du handicap en pays kanak », in C. Gardou (dir.), *Le handicap au risque des cultures*, Toulouse, Érès et 2015, « Les échanges sont le souffle de la coutume. Logiques sociales de la vie et de la puissance en Pays hyeehen (Nouvelle-Calédonie, Côte nord-est) », thèse de doctorat, Université de Nouvelle-Calédonie.

## L'identité en droit commun - Indisponibilité de l'état des personnes vs. Liberté individuelle ?<sup>1</sup>

**Philippe GUEZ**

Université de Paris-Nanterre, Centre d'Études Juridiques Européennes et Comparées (CEJEC),  
en poste à l'Université de la Polynésie française de 2013 à 2017

39

À sa façon, le droit participe à la construction de l'identité de la personne physique. Cette construction est avant tout nécessaire pour que la personne, au sens juridique du terme, puisse jouir de la personnalité juridique. En effet, l'« aptitude à être titulaire de droits et assujéti à des obligations »<sup>2</sup> ne peut pleinement se réaliser que si l'individu peut être distingué des autres. Afin de déterminer l'identité juridique de la personne, le droit prend ordinairement en compte certains éléments, comme le nom, le prénom, le sexe, le statut conjugal, la filiation... Ces éléments, ou certains d'entre eux, sont constatés et consignés dans des documents officiels – tels les actes de l'état civil ou la carte d'identité – et se trouvent regroupés au sein de la catégorie juridique d'« état des personnes »<sup>3</sup>.

La notion d'état des personnes<sup>4</sup> n'est pas définie par la loi. Son régime est déterminé par des dispositions législatives éparses et des règles prétorienne. Cette absence de définition rend incertain le contenu de cette notion. Selon les époques et les auteurs, une conception plus ou moins stricte de l'état a été retenue : l'état regrouperait tous les éléments concourant à l'identification de la personne physique<sup>5</sup> ou seulement ceux qui sont pris en compte par le droit pour y attacher des effets juridiques<sup>6</sup>. Selon l'approche adoptée, les éléments à intégrer dans l'état divergent. Certains limitent l'état à la filiation. D'autres y incluent la nationalité, l'âge, le nom, le prénom, le sexe, le statut matrimonial et parfois même la profession et la religion. À tout le moins, il faut considérer que font incontestablement partie de l'état les éléments

1 - Contribution rédigée en octobre 2017.

2 - Voir « Personnalité », in G. Cornu, 2001, *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 2<sup>e</sup> éd.

3 - Le terme « état » est issu du latin *status* utilisé par le droit romain pour déterminer la situation de la personne au regard du droit. Le statut de la personne variait selon qu'elle était un homme libre, un affranchi ou un esclave (*status libertatis*), qu'elle appartenait à la cité (*status civilis*) et à une famille (*status familiae*). Au fil du temps, l'usage du statut de la personne ne s'est pas limité à la classer dans un groupe particulier. Le statut a été utilisé afin d'individualiser, d'identifier la personne pour déterminer ses droits. Ces deux manières d'envisager l'état se retrouvent aujourd'hui, même si elles ont naturellement évolué. Le statut sert à catégoriser la personne sur un plan civil (en distinguant le national de l'étranger) ou familial (les droits et obligations de la personne varient selon qu'elle a ou non la qualité de parent, d'époux, de partenaire ou de concubin). Il constitue également un outil d'identification de la personne physique (sur l'histoire de cette notion, voir A.-M. Leroyer, 2004, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, p. 247, n<sup>os</sup> 4 et s.).

4 - *Ibid.*

5 - Voir not. G. Cornu, 2011, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 530 et s. ; Fr. Terré et D. Fenouillet, 2012, *Droit civil, Les personnes (Personnalité - Incapacités - Protection)*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 125 et s.

6 - Voir « État civil » in *Vocabulaire juridique H. Capitant*, 2001, Quadrige/PUF ; Rapp. M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, 1952, *Traité pratique de droit civil français*, T. 1, *Les personnes*, LGDJ, n<sup>o</sup> 13, qui écrivent « On appelle état d'une personne certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques ».

pris en compte par les actes de l'état civil qui en sont le « réceptacle officiel »<sup>7</sup>. Le noyau dur de ces éléments est ainsi constitué par les nom et prénom, la date et le lieu de naissance, le sexe, la situation matrimoniale, la filiation et la nationalité.

Le regroupement de ces différents éléments au sein de la catégorie « état des personnes » s'explique par l'intérêt pratique qu'il y aurait de les soumettre à un même régime juridique<sup>8</sup>. À cet égard, l'un des traits marquants de ce régime est l'indisponibilité de l'état et son corollaire, l'immutabilité. Dans son acception classique, cette indisponibilité signifie que la personne ne peut céder ou renoncer à son état ou en acquérir un nouveau. Pour le dire autrement, les composantes de l'état seraient placées hors d'atteinte des volontés individuelles. Force pourtant est de constater que l'intervention de la volonté est non seulement possible en matière d'état des personnes, mais que son rôle est parfois prépondérant (par exemple, en matière de mariage ou d'établissement volontaire de la filiation). Toutefois, cette volonté ne peut s'épanouir que dans les limites fixées par des règles impératives qui, le plus souvent, imposeront l'intervention d'une autorité publique (juge, officier de l'état civil, ministre, président de la république)<sup>9</sup>. Ce n'est donc pas l'indisponibilité qui caractérise le mieux l'état des personnes, mais davantage le caractère d'ordre public, plus ou moins prononcé, des règles qui régissent la constitution et le changement de tel ou tel élément qui le compose.

De ce point de vue, il est intéressant de relever que l'utilisation du terme indisponibilité est relativement récente. Apparue en doctrine vers le milieu du xx<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>, cette notion a été consacrée par la loi de 1972 relative à la filiation. Mais il ne s'est agi que d'une consécration limitée aux seules actions relatives à la filiation qui « ne peuvent faire l'objet de renonciation » (anc. art. 311-9 du Code civil, devenu 323). Une partie de la doctrine en a néanmoins déduit la consécration légale de l'indisponibilité des actions d'état<sup>11</sup>. Pourtant, il semblait bien que la portée de ce principe se limitait aux actions relatives à la filiation, domaine dans lequel il a connu certains infléchissements car il ne s'applique pas aux conséquences patrimoniales du lien de filiation. C'est pourquoi, une autre partie de la doctrine a affirmé que « le principe est plutôt de disponibilité des actions relatives à la filiation, étant entendu qu'il est assorti de traditionnelles exceptions »<sup>12</sup>. De manière plus générale, certains auteurs n'ont pas hésité à évoquer « un déclin du principe d'indisponibilité de l'état des personnes »<sup>13</sup>.

Ce n'est qu'en 1975 que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a été « réactivé »<sup>14</sup> par la Cour de cassation afin de s'opposer au changement du sexe juridique de la personne transsexuelle<sup>15</sup>. Par la suite, ce principe sera de nouveau utilisé afin de combattre la gestation

7 - H. Capitant, *et al.*, 2015, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 26-27, §4.

8 - Voir not. J. Carbonnier, 2004, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige/Puf, n° 266.

9 - Fr. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 132.

10 - A.-M. Leroyer, *op. cit.*, spéc. n° 16, note 61.

11 - D. Huet-Weiller, « Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation », *Dalloz*, 1978, chron. p. 234.

12 - M. Gobert, 1992, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, p. 489, spéc. n° 31.

13 - C. Labrusse-Riou, 1982, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, p. 169.

14 - Expression empruntée à M. Gobert, 1992, *op. cit.*

15 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615, *Dalloz*, 1976, jur. p. 397, note R. Lindon ; *JCP G*, 1976, II, n° 18503, note J. Penneau.

pour autrui<sup>16</sup>. Cette « réactivation » de l'indisponibilité est intervenue dans des situations qui, bien que marginales sur un plan quantitatif, sont marquées par une forte dimension symbolique, entraînant d'importants débats doctrinaux. Pour autant, l'affirmation d'un tel principe ne doit plus actuellement faire illusion. En effet, son usage a quasiment disparu là-même où il était le plus prégnant (I). Par ailleurs, on constate depuis un quart de siècle que l'emprise de la personne sur les éléments de son état a conquis de nouveaux domaines. À observer l'évolution du droit positif, il semblerait que le principe d'indisponibilité, à supposer qu'il ait véritablement eu la portée que l'on a voulu lui prêter, soit devenu l'exception. C'est davantage un principe de disponibilité encadrée qui caractérise aujourd'hui l'état des personnes (II). L'intérêt attaché à la notion même d'état des personnes, en tant que catégorie juridique, pourrait s'en trouver modifié. Quelle peut être son utilité si elle ne permet plus d'imposer le principe d'indisponibilité ? À l'évidence, son rôle doit être redéfini (III).

## I. UN PRINCIPE D'INDISPONIBILITÉ EN VOIE DE « DÉSACTIVATION »

La référence au principe d'indisponibilité, que ce soit en matière de transsexualisme (A) ou de gestation pour autrui (B), constitue, comme pour tout principe juridique, « un moyen de réaliser techniquement et de légitimer politiquement certains objectifs »<sup>17</sup>. Au fil des évolutions législatives et jurisprudentielles, les raisons qui ont pu justifier son utilisation ne présentent plus la même intensité au point que l'on peut risquer l'hypothèse qu'il est aujourd'hui « désactivé ».

### A. Indisponibilité vs. changement juridique du sexe

L'usage de la notion d'indisponibilité en matière de transsexualisme peut sembler contradictoire. Dans un premier temps, ce principe a été utilisé par la Cour de cassation afin de s'opposer à toute possibilité de changement du sexe juridique et ce quand bien même la personne avait subi des transformations corporelles<sup>18</sup>. Il apparaissait alors évident que le discours juridique fondé sur l'indisponibilité, synonyme en l'espèce d'immutabilité, était mobilisé au service d'un tabou. Pour le dire plus clairement, il s'agissait d'ostraciser une minorité considérée comme « déviante »<sup>19</sup>.

Dans un second temps, après la condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>20</sup> (CEDH), la Cour de cassation a admis le changement de sexe<sup>21</sup>. On aurait pu penser qu'à cette occasion, elle n'aurait plus invoqué le principe d'indisponibilité.

16 - Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Dalloz, 1991, jur. p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin et somm., p. 318, obs. J.-L. Aubert et 1992, somm. p. 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *JCP G*, 1991, I, n° 3547, chron. J. Rubellin-Devichi et II, n° 21752, note Fr. Terré ; *RFDA*, 1991, p. 395, étude M. Long ; *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; *RTD civ.*, 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller et 1992, p. 88, obs. J. Mestre. *Adde*, M. Gobert, article préc.

17 - G. de la Pradelle, 1979, *L'Homme juridique*, coll. « Critique du droit » 3, PU Grenoble/François Maspero, p. 192.

18 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1975, n° 73-10.615, préc.

19 - G. de la Pradelle, *op. cit.*, p. 196-197.

20 - CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, *JCP G*, 1992, II, n° 21955, note Th. Garé ; *Dalloz*, 1992, somm. p. 325, obs. J.-Fr. Renucci ; *Dalloz*, 1993, jur. p. 101, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 1992, p. 540, obs. J. Hauser et D. Huet-Weiller.

21 - Cass. ass. plén. (2 espèces), 11 décembre 1992, *JCP G*, 1993, II, 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *RTD civ.*, 1993, p. 97, obs. J. Hauser.



Ce sentiment pouvait être renforcé par le fait, qu'après avoir consacré ce principe, elle n'y avait plus fait référence dans sa jurisprudence ultérieure sur le transsexualisme alors même que sa position n'avait pas changé sur le fond<sup>22</sup>. Dès lors, si le changement de sexe pouvait être refusé sans faire appel au principe d'indisponibilité, l'utilisation de ce principe pouvait à plus forte raison sembler inutile pour autoriser un tel changement. Pourtant, après avoir énoncé les conditions du changement de sexe à l'état civil, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est empressée d'ajouter que « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »<sup>23</sup>. Curieux principe, mobilisé aussi bien pour interdire que pour autoriser...

Pour certains auteurs, la référence à l'indisponibilité de l'état signifiait que la modification de la mention du sexe à l'état civil demeurait totalement soustraite à la volonté individuelle et ce quand bien même elle était devenue possible<sup>24</sup>. Pour ce faire, il était avancé que le transsexuel ne demandait rien d'autre que la reconnaissance d'un état préexistant, différent de celui qui avait été constaté dans les registres d'état civil à sa naissance. L'admission du changement de sexe ne pouvait alors consacrer un droit subjectif si la modification sollicitée, loin de reposer sur la volonté du sujet, était justifiée « par la réalité du transsexualisme lui-même »<sup>25</sup>. Une telle interprétation ne pouvait cependant être retenue à la suite de l'arrêt *Goodwin c/Royaume-Uni*<sup>26</sup> dans lequel la CEDH a reconnu, en se fondant sur la notion d'autonomie personnelle, le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain.

Si un « droit à » changer de sexe se trouvait bien consacré, le principe d'indisponibilité que la jurisprudence continuait d'énoncer présentait nécessairement une autre signification que de s'opposer aux velléités de modification de l'état par la personne elle-même. Il fallait probablement y voir l'affirmation que si l'indisponibilité n'avait plus pour conséquence l'immutabilité, la modification du sexe juridique ne pouvait intervenir qu'à des conditions rigoureuses et sous le contrôle du juge. À cet égard, force était de constater que ces conditions étaient contraignantes pour le transsexuel, notamment celle qui imposait une transformation physique de l'apparence de la personne à la suite d'un traitement médico-chirurgical. Par-là, il fallait comprendre une réaffectation sexuelle entraînant une incapacité de procréer. Outre les mutilations induites par cette condition, il apparaissait que le processus de conversion sexuelle était souvent trop long à s'accomplir. Tant qu'il n'était pas achevé et juridiquement consacré – ce qui pouvait prendre plusieurs années –, la personne transsexuelle se trouvait placée dans une situation de vulnérabilité en raison de la contrariété entre le sexe indiqué dans ses documents d'identité et son apparence qui était déjà modifiée. Conscientes de

22 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 novembre 1983, *JCP G*, 1984, II, 20222, concl. Sadon, note J. Penneau ; *Dalloz*, 1984, *jur.* p. 165, note B. Edelman ; *RTD civ.* 1985, p. 137, note J. Rubellin-Devichi ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 et 31 mars 1987, *Dalloz*, 1987, *jur.* p. 445, note P. Jourdain ; *JCP G*, 1988, II, n° 21000, note É. Agostini ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, *jur.* p. 417, note É. Agostini ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, *RTD civ.*, 1989, p. 721, obs. J. Rubellin-Devichi ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829, *Dalloz*, 1991, *jur.* p. 169, rapp. J. Massip ; *RTD civ.*, 1991, p. 289, obs. J. Hauser.

23 - Cass. ass. plén. (2 espèces), 11 décembre 1992, préc.

24 - Rapp. D. Gutmann, 2000, *Le sentiment d'identité. Études de droit des personnes et de la famille*, Bibl. dr. priv., t. 327, préf. Fr. Terré, LGDJ, n° 434.

25 - *Ibid*, n° 440.

26 - CEDH, 11 juillet 2002, *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser et p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJ fam.*, 2002, n° 12, p. 413, note F. Granet ; *RJPF*, 2002, n° 11, p. 14, note A. Leborgne ; *Dr. fam.*, 2002, n° 133, obs. A. Gouttenoire-Cornut ; *Dalloz*, 2003, *somm.* p. 525, 2<sup>e</sup> esp., obs. C. Birsan, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland et *jur.* p. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *JCP G*, 2003, I, n° 101, §1, obs. Y. Favier et n° 150, §3, obs. B. Teyssié.

ces difficultés, certaines juridictions de fond se montrèrent conciliantes<sup>27</sup>, sans pour autant convaincre la Cour de cassation d'assouplir sa jurisprudence. Celle-ci demeurerait inflexible. Se référant toujours au principe d'indisponibilité, elle continuait d'exiger que la personne établisse non seulement la réalité du syndrome transsexuel, mais aussi le caractère irréversible de la transformation de son apparence<sup>28</sup>. L'indisponibilité semblait être devenue « le pendant juridique de l'irréversibilité de la transformation corporelle »<sup>29</sup> et ce afin de garantir « que la personne s'est définitivement installée dans son nouveau sexe »<sup>30</sup>.

Cette justification a perdu de sa pertinence depuis que la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a assoupli les conditions du changement de sexe à l'état civil, lesquelles figurent dorénavant dans le Code civil (articles 61-5 et s.)<sup>31</sup>. Désormais, le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut plus constituer un motif de refus<sup>32</sup>. L'abandon de cette exigence revient à intégrer dans l'état des personnes « la notion de genre en sus de celle de sexe »<sup>33</sup>.

27 - Voir not. CA Rennes, 26 octobre 1998, *Daloz* 1999, *jur.* p. 508, note M. Friant-Perrot ; CA Aix-en-Provence (ch. 6, sect. A), 9 novembre 2001, *JurisData* n° 2001-157510 ; CA Poitiers (ch. civ. 4), 20 décembre 2006, n° 06/00431, *JurisData* n° 2006-330972 ; CA Nancy, 1<sup>er</sup> ch. civ., 3 janvier 2011, n° 09/00931, *JCP G*, 2011, n° 480, note Ph. Reigné et CA Nancy, 3<sup>e</sup> ch. civ., 2 septembre 2011, n° 09/02179, *JCP G*, 2012, n° 124, obs. Ph. Reigné.

28 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2012 n° 10-26.947 (1<sup>re</sup> espèce) et n° 11-22.490 (2<sup>e</sup> espèce), *Daloz*, 2012, p. 1648, note Fr. Violla ; *AJ fam.*, 2012, p. 405, obs. G. Vial ; *RDSS* 2012, p. 880, note S. Paricard ; *RTD civ.*, 2012, p. 502, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2012, n° 753, note Ph. Reigné et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 févr. 2013, n° 11-14.515 (1<sup>re</sup> espèce) et n° 12-11.949 (2<sup>e</sup> espèce), *D.*, 2013, p. 499, obs. I. Gallmeister ; *RTD civ.*, 2013, p. 344, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2013, comm. n° 48, note Ph. Reigné.

29 - Fl. Bellivier, 2015, *Droit des personnes*, coll. Domat droit privé, LGDJ, n° 74.

30 - *Ibid.*

31 - Sur laquelle, voir not. A. Marais, 2016, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, n° 1164 ; Ph. Reigné, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G* 2016, n° 1378 ; Fr. Violla, 2016, « Loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *Daloz*, p. 2351 ; S. Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ fam.*, 2016, p. 585 ; L. Carayon in « Panorama Droit et genre, janvier 2016-décembre 2016 », *Daloz*, 2017, p. 935.

32 - On relèvera que depuis l'adoption de loi de 2016, l'ancienne procédure française de changement de sexe qui imposait l'irréversibilité de la transformation de l'apparence de la personne a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 6 avril 2017, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, req. 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *Daloz*, 2017, p. 1027, note J.-P. Vauthier et F. Violla ; *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 3 mai 2017, note B. Moron-Puech. *Adde* B. Moron-Puech, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon contre France ou le maintien problématique d'une approche biologisante de l'identité sexuée », *Daloz*, 2017, p. 994.

Il reste qu'en l'absence de stérilisation préalable obligatoire, un individu pourra changer de sexe à l'état civil tout en demeurant apte à procréer dans son ancien sexe. Une femme devenue homme pourrait ainsi être « enceinte » tandis qu'un homme devenu femme pourrait concevoir un enfant avec une femme. La question se pose alors de savoir comment appliquer les règles de la filiation paternelle à une personne de sexe féminin et celles de la filiation maternelle à une personne de sexe masculin. Outre que ces hypothèses sont plutôt marginales, une telle situation pourrait être surmontée si le transsexuel était considéré dans son ancienne identité lorsqu'il procréé dans son sexe d'origine (S. Paricard, préc.). Une autre solution consisterait à repenser les règles relatives à la filiation charnelle en les faisant reposer sur le dénominateur commun des hommes et des femmes dans la procréation, à savoir la transmission des gènes (rapp. A. Dionisi-Peyrusse et M. Pichard, 2014, « Le genre dans le droit de la filiation (à propos du titre VII du livre premier du Code civil) », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi et le genre, Études critiques de droit français*, CNRS éditions, p. 49).

33 - Fr. Violla, « Du sexe au genre ? », *JCP G*, 2012, n° 122. Du même auteur, voir, 2010, « Iphis ou Atalante : la transidentité saisie par le droit », in J. Mateu et al. (dir.), *Les assises du corps transformé, Regards croisés sur le genre*, Les Études Hospitalières, p. 213. En ce sens égal., voir O. Roy, *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., coll. Montesquieu, éd. Archétype82, 2017, n° 79.

La reconnaissance de la notion d'« identité de genre » par le droit de la lutte contre les discriminations<sup>34</sup>, en remplacement de la notion d'« identité sexuelle », milite en ce sens.

La nouvelle procédure de modification du sexe exige du demandeur qu'il démontre par une réunion suffisante de faits que la mention de son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel il se présente et dans lequel il est connu. La preuve de ces faits peut être rapportée par tous moyens, la loi donnant une liste des éléments pouvant être pris en compte (se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; être connu sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; avoir obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué). En somme, le demandeur doit justifier d'une « possession d'état » du sexe qu'il revendique. Si la procédure conserve un caractère judiciaire, le rôle de volonté de la personne n'en demeure pas moins central puisque la modification du sexe dépend du comportement social qu'elle a librement choisi. Il est alors permis d'avancer que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes n'a plus aucun rôle à jouer en matière de transsexualisme.

## B. Indisponibilité vs. gestation pour autrui

En matière de Gestation Pour Autrui (GPA), le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a été mobilisé par la jurisprudence afin d'empêcher la mère d'intention de pouvoir établir un lien de filiation avec l'enfant mis au monde par la mère porteuse. L'établissement d'un tel lien lui était refusé quand bien même elle était la mère biologique de l'enfant. Dans l'arrêt fondateur, rendu par l'assemblée plénière en 1991<sup>35</sup>, il s'agissait plus précisément de faire obstacle à l'adoption de cet enfant par l'épouse du père d'intention. La consécration ultérieure, par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, à l'article 16-7 du code civil, de la nullité de la convention « portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui » poursuivait le même objectif : « protéger la filiation maternelle d'un enfant face à la concurrence d'une autre filiation maternelle ; empêcher la substitution d'une mère à une autre »<sup>36</sup>, autrement dit protéger l'indisponibilité de l'état. D'où la persistance de la référence à ce principe dans la jurisprudence ultérieure.

C'est ainsi qu'en 2011<sup>37</sup>, le principe d'indisponibilité fut de nouveau utilisé afin de combattre les GPA pratiquées dans un État étranger admettant de telles pratiques. Il s'agissait alors de

34 - Lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, l'opposition parlementaire s'était prononcée contre l'introduction de la notion d'« identité de genre » comme critère de discrimination prohibé car elle y voyait une référence à la « théorie du genre ». Afin de ne pas retarder l'adoption de la loi, les parlementaires avaient préféré lui substituer la notion moins controversée d'« identité sexuelle » (E. Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme*, 2014/5, spéc. n° 12). Il faudra attendre la loi 18 novembre 2016 (préc.) pour que « identité de genre » remplace l'« identité sexuelle » au sein des motifs de discrimination prohibés par la loi du 27 mai 2008. Par la suite, ce mouvement s'est poursuivi en droit pénal (loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017) et en droit du travail (loi n° 2017-256 du 28 février 2017).

35 - Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, préc.

36 - Voir M. Pichard, « La commande d'enfant par son géniteur (est-elle une hypothèse de gestation pour le compte d'autrui ?) », *Dalloz*, 2017, p. 1143.

37 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avril 2011 (3 arrêts), n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053, *Dalloz* 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *AJ fam.*, 2011, p. 262, obs. Fr. Chénéde, p. 265, obs. B. Haftel et p. 266, interview M. Domingo ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 722, note P. Hammje ; *RTD civ.*, 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Dalloz* 2014, p. 901, avis J.-P. Jean et p. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2014, p. 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse et p. 244, obs. Fr. Chénéde ; *RTD civ.* 2014, p. 330, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 619, note S. Bollée.

faire obstacle à la transcription en France des actes de naissance des enfants nés à l'étranger dès lors qu'ils désignaient la mère d'intention comme étant la mère de l'enfant. Afin d'empêcher cette transcription, la Cour de cassation invoqua l'ordre public international dans lequel elle intégra le principe d'indisponibilité, érigé pour les besoins de la cause comme « principe essentiel du droit français ». Si le refus de transcrire l'acte d'état civil étranger sur les registres français visait pratiquement toujours la seule filiation maternelle<sup>38</sup>, les enfants nés de GPA se trouvaient également sanctionnés. Certes, la Cour de cassation affirmait qu'ils n'étaient pas privés de leurs filiation maternelle et paternelle que leur reconnaissait le droit étranger et qu'ils pouvaient vivre en France avec leurs parents. Mais en pratique, il leur était difficile faire valoir en France leur état civil étranger<sup>39</sup>. Par la suite, la Cour ne se fonda plus sur l'ordre public pour annuler la reconnaissance de paternité du père d'intention<sup>40</sup> mais sur la fraude, rendant ainsi la situation de l'enfant encore plus précaire<sup>41</sup>.

Il faudra la condamnation de la France par la CEDH dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*<sup>42</sup> pour que la Cour de cassation revienne sur sa jurisprudence. C'est ainsi que dans deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>43</sup>, l'assemblée plénière a accepté la transcription sur les registres français de l'acte de naissance étranger indiquant le père biologique et la mère porteuse comme parents de l'enfant. Si, dans ces affaires, les actes d'état civil étrangers ont été jugés conformes à la

38 - L'un des arrêts rendus le 6 avril 2011 ayant approuvé une Cour d'appel d'avoir seulement annulé la transcription de la filiation maternelle.

39 - Voir not. G. de Geoffre de La Pradelle, note sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 18 mars 2010, n° 09/11017, *Dalloz*, 2010, p. 1683 ; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit. À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz*, 2013, p. 2349.

40 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 septembre 2013 (2 arrêts), n° 12-18.315 et 12-30.138, *JCP G*, 2013, n° 985, note A. Mirkovic ; *Dalloz*, 2013, p. 2377, avis C. Petit, p. 2384, note M. Fabre-Magnan et p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.*, 2013, p. 579, obs. Fr. Chénéde et p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 909, note P. Hammje ; *RTD civ.*, 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; *JDI*, 2014, comm. 1, note J. Guillaumé.

41 - H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit... », préc.

42 - CEDH, 26 juin 2014 (2 arrêts), n° 65192/11 et n° 65192/11, *Dalloz*, 2014, p. 1797, note Fr. Chénéde, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire et p. 1806, note L. d'Avout ; *Dalloz*, 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts, p. 755, obs. J.-Ch. Galloux, p. 1007, obs. A. Dionisi-Peyrusse et p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJDA*, 2014, p. 1763, chron. L. Burgogue-Larsen ; *AJ fam.*, 2014, p. 499, obs. B. Haftel et p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDS*, 2014, p. 887, note C. Bergoignan Esper ; *RTD civ.*, 2014, p. 616, obs. J. Hauser et p. 835, obs. J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2014, comm. 16, note J. Guillaumé ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 144, note S. Bollée. *Adde*, H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts *Labassée*, *Mennesson* et *Campanelli-Paradiso* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1.

La France sera de nouveau condamnée à deux reprises par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 21 juillet 2016, n° 9063/14 et n° 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France*, *Dalloz*, 2016, p. 2152, note A.-B. Caire, *Dalloz*, 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts, p. 781, obs. J.-Ch. Galloux, p. 935, obs. S. Hennette-Vauch, p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJ fam.*, P.P.16, p. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* p. 2016, p. 819, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2016, n° 965, obs. Fr. Sudre et CEDH, 19 janvier 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ France*, *Dalloz*, 2017, p. 1229, note A.-B. Caire et p. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon ; *AJ fam.* 2017, p. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.*, 2017, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.*, 2017, comm. 34, note H. Fulchiron.

43 - Cass., ass. plén., 3 juillet 2015 (2 arrêts), nos 14-21.323 et 15-50.002, *Dalloz*, 2015, p. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, p. 1481, édito. S. Bollée, p. 1773, point de vue D. Sindres et p. 1919, obs. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dalloz* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot, p. 857, obs. F. Granet-Lambrechts, p. 915, obs. Regine et p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.*, 2015, p. 496, obs. F. Chénéde, et p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.*, 2015, p. 581, obs. J. Hauser ; *JDI*, 2016, comm. 1, p. 103, obs. J. Guillaumé ; *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 13 janvier 2016, note Cl. Lengrand et C. Escaillié. *Adde*, P. Le Maigat, « Toujours pas de paix pour les "enfants fantômes de la République" », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 10 mars 2016.

réalité (les pères désignés étaient bien les géniteurs et les mères désignées étaient bien celles qui avaient accouché de l'enfant), il est intéressant de relever que la Cour de cassation ne s'est plus référée au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Ce principe était pourtant invoqué par le ministère public, demandeur au pourvoi, afin que la convention de GPA ne puisse produire effet au regard de la filiation. La Cour de cassation aurait parfaitement pu réaffirmer ce principe, tout en en limitant sa portée lorsque les actes d'état civil étrangers sont conformes à la réalité. Cette absence de référence pouvait être interprétée comme un recul de l'indisponibilité de l'état en matière de GPA.

Enfin, dans une série d'arrêts rendus le 5 juillet 2017, la Cour de cassation a précisé la place du parent d'intention<sup>44</sup>. Selon ces décisions, l'acte d'état civil étranger qui désigne comme mère une femme qui n'a pas accouché ne peut être transcrit sur les registres français. En revanche, le parent d'intention peut désormais adopter l'enfant, qui pourra ainsi avoir une filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention (le père, s'il est bien le parent biologique et son conjoint, en tant que parent adoptif). Ces arrêts s'inscrivent dans le prolongement des deux avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014 dans lesquels elle a affirmé que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation »<sup>45</sup>. Ils marquent la « désactivation »<sup>46</sup> de l'utilisation du principe d'indisponibilité pour apprécier les effets d'une GPA sur la filiation<sup>47</sup>. Il n'y a là rien de très surprenant si l'on veut bien admettre que, d'une manière générale, l'indisponibilité n'est plus le trait marquant de l'état des personnes.

44 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juillet 2017 (5 arrêts), n<sup>os</sup> 15-28.597, 16-16.901, 16-50.025, 16-16.455 et 16-20.052, *Dalloz*, 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *AJ fam.*, 2017, p. 482, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G*, 2017, n<sup>o</sup> 984, note A. Gouttenoire ; *Dr fam.*, 2017, études 13, par J.-R. Binet et études 14, avis. Ph. Ingall-Montagnier ; *LPA* 16 août 2017, n<sup>o</sup> 162-163, p. 8, note V. Legrand ; *LPA*, 11 septembre 2017, n<sup>o</sup> 181, p. 8, note J.-M. Hisquin ; *Gaz. Pal.* 25 juillet 2017, n<sup>o</sup> 28, p. 19, note P. Le Maigat ; *RJPF*, 2017-9/24, p. 29, note M.-Ch. Le Boursicot.

45 - Cass., avis, 22 sept. 2014 (2 avis), n<sup>o</sup> 14-70.006 et 14-70.007, concl. J.-D. Sarcelet, rapp. R. Le Cotty ; *Dalloz* 2014, p. 2131, note A.-M. Leroyer ; *AJ fam.*, 2014, p. 555, obs. Fr. Chénéde et p. 522, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr fam.*, 2014, comm. 160, obs. Cl. Neirinck ; *Gaz. Pal.*, 4 déc. 2014, n<sup>o</sup> 338, p. 8, note Cl. Brunetti-Pons ; *LPA*, 26 déc. 2014, n<sup>o</sup> 258, p. 7, note N. Litaize ; *RDSS*, 2014, p. 1145, note L. Brunet ; *RJPF*, 2014-11/24, note Th. Garé ; *RLDC*, 2014/121, n<sup>o</sup> 5652, p. 41, note M. Ch. Le Boursicot ; *RTD civ.*, 2014, p. 872, obs. J. Hauser ; *JDI*, 2015, comm. 1, note I. Barrière Brousse ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 144, note S. Bollée. Adde J. Hauser, « L'externalisation de la fabrique des enfants ? », *JCP G*, 2014, n<sup>o</sup> 1004 ; J. Mouly, « La "délocalisation procréative" : fraude à la loi ou habileté permise ? », *Dalloz*, 2014, p. 2419 ; H. Fulchiron, « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2015, p. 21 ; Ph. Guez, « L'insémination artificielle avec tiers donneur en droit international privé », in A. Marais (dir.), *La procréation pour tous ?*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 69.

46 - Rapp. M. Pichard, « Gestation pour autrui : le principe d'indisponibilité de l'état des personnes "désactivé" ? », *LPA*, 2017, p. 6. Selon cet auteur, « l'hypothèse d'une désactivation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes en matière de gestation pour le compte d'autrui au sens strict et, partant, d'un fondamental changement de paradigme, ne saurait donc être écartée ».

47 - Si la mère d'intention peut désormais adopter en France l'enfant de son mari né à l'étranger grâce à une GPA, la question peut se poser de savoir s'il en va de même lorsque cet enfant s'il est né en France. Certes, en droit interne, la convention passée avec la mère porteuse est fragile dès lors qu'elle est frappée de nullité (article 16-7 du Code civil). Elle n'est pas susceptible d'exécution forcée et il est très probable que les sommes qui auraient été versées à la mère porteuse ne pourraient donner lieu à restitution en vertu du principe selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ». Mais si le contrat est exécuté jusqu'à son terme, on voit mal comment sa nullité constituerait un obstacle en matière de filiation. Si le père d'intention est le père biologique, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse reconnaître l'enfant (en ce sens égal, voir M. Pichard, « La commande d'enfant par son géniteur... », préc.). Et si la mère porteuse accouche « sous X », l'épouse du père devrait pouvoir ensuite adopter l'enfant.

## II – LA DISPONIBILITÉ ENCADRÉE DE L'ÉTAT DES PERSONNES

Affirmer que l'état des personnes est disponible ne signifie pas que la personne a la libre disposition des éléments qui le compose. Il s'agit seulement de constater l'emprise grandissante de la personne sur les éléments de son état<sup>48</sup>. Certes, la volonté n'est jamais totalement discrétionnaire. L'ordre public est toujours présent. Mais il peut fort bien, comme on l'a judicieusement montré, se concilier avec la place plus importante laissée à la volonté individuelle. Les règles d'ordre public, en effet, « garantissent parfois l'exercice de la liberté individuelle et ce précisément afin de protéger la personne »<sup>49</sup>. Dès lors, il semble plus conforme à l'état actuel du droit positif de présenter l'état des personnes comme étant disponible, même s'il s'agit d'une disponibilité encadrée, contrôlée<sup>50</sup>. Cette proposition se vérifie essentiellement à l'égard des éléments de l'état qui participent à l'identification de la personne (A) et, dans une moindre mesure, à l'égard de ceux qui composent son état familial (B).

### A. Disponibilité et identification des personnes

La disponibilité de l'état se manifeste de plus en plus nettement à propos des éléments d'identification privilégiés que constituent les noms et prénoms<sup>51</sup>. Traditionnellement, la dévolution du nom patronymique reposait sur le principe de la transmission du nom du père. La volonté cédaît le pas face à la puissance paternelle. Une telle situation pouvait dénoter par rapport à d'autres droits étrangers, en particulier anglo-saxon, qui retenaient une conception plus individualiste des éléments d'identification de la personne. Sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH<sup>52</sup>, la transmission du nom a connu une évolution notable depuis 2002 dans le sens d'une plus grande égalité. Désormais, l'attribution du nom de famille relève du choix des parents qui ont un lien de filiation établi avec l'enfant, qu'ils soient ou non mariés. Le système mis en place leur permet d'attribuer le nom du père ou celui de la mère ou les deux accolés ensembles dans la limite d'un seul pour chacun des parents. En cas de désaccord, le nom dévolu sera celui de chacun des deux parents, accolés selon l'ordre alphabétique.

La liberté individuelle joue également un rôle très important en matière de prénom. La loi du 8 janvier 1993 pose le principe du libre choix des prénoms par le parent en abandonnant le contrôle *a priori* exercé par l'officier de l'état civil. Avant cette loi, celui-ci pouvait refuser d'inscrire le prénom de l'enfant s'il lui paraissait ne pas correspondre aux critères légaux. Les parents n'avaient alors d'autres choix que de choisir un autre prénom ou d'introduire un recours contre la décision de l'officier de l'état civil. Désormais, le contrôle intervient *a posteriori*. L'officier de l'état civil ne peut qu'inscrire le ou les prénoms choisis par les parents. Si un contrôle est maintenu, il n'est plus préalable.

48 - Sur cette tendance, voir J. Pousson-Petit (dir.), 2002, *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant.

49 - A.-M. Leroyer, *op. cit.* n° 23.

50 - En ce sens, voir note Fl. Bellivier, *op. cit.*, n° 52, qui relève que l'état des personnes est marqué aujourd'hui par une « disponibilité encadrée » et O. Roy, *Droit de la famille*, préc., n° 403, qui parle de « mutabilité contrôlée » de l'état des personnes.

51 - J.-J. Lemouland, « Le choix du prénom et du nom en droit français », in J. Pousson-Petit (dir.), *opt cit.*, p. 631.

52 - CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, n° 16213/90, *AJDA* 1994, p. 511, chron. J.-Fr. Flauss ; *Dalloz* 1995, jur. p. 5, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 1994, p. 563, obs. J. Hauser ; *RTDH*, 1995, p. 53, note P. Georgan ; *JCP G*, 1995, I, n° 3823, chron. Fr. Sudre.

La disponibilité du changement des nom et prénom est beaucoup plus contrôlée. Dans les deux cas, le requérant doit justifier d'un intérêt légitime. S'agissant du changement de prénom, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a mis en place une procédure déjudiciarisée et plus courte puisque la demande s'effectue désormais auprès de l'officier de l'état civil (de son lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé). En revanche, la procédure en changement de nom est plus contraignante puisqu'elle doit être autorisée par décret. On relèvera néanmoins que l'appréciation de l'intérêt légitime ne doit pas être trop stricte. La France a ainsi été condamnée par la CEDH pour avoir refusé le changement de nom d'une personne en négligeant l'aspect identitaire de la demande, qui doit être mis en balance avec l'intérêt public<sup>53</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une personne inscrite à l'état civil français sous le nom de sa mère qui l'avait délaissé et qui souhaitait porter le nom de son père qui l'avait reconnu, élevé, et sous lequel il était connu en Algérie. Le sentiment d'identité de la personne quant à son nom doit ainsi être pris en compte. C'est dire que « la subjectivité des individus acquiert, dans la procédure de changement, une place qu'elle n'avait naguère pas »<sup>54</sup>. Par ailleurs, sans remettre en cause le système français, la loi du 18 novembre 2016 facilite le changement de nom de la personne justifiant d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre État et qui souhaite porter le nom acquis dans cet autre État. Dans ce cas, le changement de nom n'est pas autorisé par décret mais par l'officier de l'état civil (article 61-3-1 du Code civil). Le droit français est cependant nettement moins libéral que la *Common Law*. On pourrait penser qu'un enfant devenu majeur devrait pouvoir choisir librement l'un de ses noms parentaux<sup>55</sup>.

La libre détermination du sexe de la personne pourrait être un chantier à venir<sup>56</sup>. En l'occurrence, il ne s'agit de permettre aux parents de déterminer le sexe de leur enfant selon leur bon vouloir<sup>57</sup>, mais de laisser à la personne intersexuée la possibilité de choisir son identité de genre. En l'état actuel du droit positif, un enfant dont le sexe apparent est incertain ne peut être déclaré sous la mention « sexe indéterminé ». Les parents, qui disposent d'un délai de cinq jours pour déclarer la naissance, doivent se renseigner auprès des médecins pour déterminer le sexe le plus probable. Tout au plus est-il possible, à titre exceptionnel, de retarder l'inscription du sexe à l'état civil « si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou

53 - CEDH, 5 décembre 2013, *Kismoun c/ France*, req. N° 32265/10, *RTD civ.*, 2014, p. 332, note J. Hauser ; *AJDA*, 2014, p. 147, chron. L. Bourgoigne-Larsen ; *AJ fam.*, 2014, p. 194, obs. C. Doublein ; *RJPF*, 2014-2/10, obs. I. Corpart.

54 - Fl. Bellivier, *op. cit.*, n° 58.

55 - En ce sens, D. Gutmann, *op. cit.*, n° 420. Il est intéressant de relever que le 5° de l'article 51 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle modifiait l'article 61 du Code civil pour admettre qu'un enfant majeur puisse adjoindre le nom de l'un ou l'autre de ses parents à son nom de naissance. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel au motif qu'elle n'était pas, « au stade de la nouvelle lecture, en relation directe avec une disposition restant en discussion » (Cons. const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, §55 et s.). Le fait que la censure soit intervenue parce qu'il s'agissait d'un cavalier législatif peut laisser penser que cette disposition n'est pas intrinsèquement anticonstitutionnelle.

56 - Voir B. Moron-Puech, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir », *Socio*, n° 9/2017.

57 - On rappellera que si l'ancien article 55 du Code civil exigeait que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil afin qu'il puisse constater de visu l'appartenance sexuelle du nouveau-né en examinant ses organes génitaux, c'était principalement pour éviter que « des garçons, soldats à venir, ne fussent déclarés comme filles... » (L. Leveneur, 2002, « La différenciation des sexes en droit privé contemporain », in *Le sexe, la sexualité et le droit*, Pierre Téqui éditeur, p. 77). Critiquée par le corps médical, cette formalité était peu respectée en pratique et l'usage s'était développé de présenter à l'officier de l'état civil un certificat établi par un médecin ou une sage-femme. Aussi fut-elle officiellement abrogée par une Loi du 5 novembre 1919 (M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger, 1956, *Traité de Droit civil, Introduction générale, Les personnes*, T. 1, LGDJ, n° 1019).

deux ans, à la suite de traitements appropriés »<sup>58</sup>. À terme, un sexe devra être inscrit à l'état civil même si, par la suite, il s'avère ne pas correspondre l'identité de genre de la personne<sup>59</sup>.

Sans doute est-il possible à la personne intersexuée de modifier ultérieurement la mention de son sexe à l'état civil, soit en engageant une action en rectification – laquelle vise à rectifier une erreur commise lors de la rédaction de l'acte de l'état civil –, soit en utilisant la nouvelle procédure de modification de sexe à l'état civil (même si celle-ci n'a pas été spécialement conçue pour l'intersexuation)<sup>60</sup>. Ces diverses possibilités traduisent bien l'idée d'une disponibilité contrôlée de l'état quant à la mention du sexe, analogue à celle que l'on rencontre aujourd'hui en matière de transsexualisme. Il convient pourtant de bien distinguer le transsexuel de la personne intersexuée. Ne faudrait-il pas, pour cette dernière, admettre de ne pas renseigner la mention du sexe à l'état civil tant qu'elle n'aura pas librement affirmé son identité de genre ?

Cette proposition soulève une autre question : celle de savoir si l'état civil pourrait comporter une troisième catégorie pour ceux qui ne se reconnaissent pas dans la binarité du sexe juridique. Saisie récemment de cette question, la Cour de cassation<sup>61</sup> a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel d'Orléans<sup>62</sup> ayant infirmé un jugement du Tribunal de Grande Instance (TGI) de Tours<sup>63</sup> qui avait admis la mention d'un « sexe neutre ». En l'occurrence, il est intéressant de relever que parmi les justifications invoquées par la cour d'appel pour refuser la création de cette nouvelle catégorie figure le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Or, si sa décision n'a pas été censurée par la Cour de cassation, celle-ci ne se réfère pas à ce principe pour s'opposer à la reconnaissance d'un « sexe neutre ». L'on doit s'en réjouir car une telle référence aurait été source de confusion. Contrairement à ce qu'a indiqué la cour d'appel d'Orléans, ce n'est pas « le principe d'indisponibilité de l'état des personnes [qui] conduit à ce que les éléments de l'état civil soient imposés à la personne », mais les règles d'ordre public qui imposent la constitution des actes d'état civil à l'occasion

58 - Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *BOMJL*, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, p. 27.

59 - Le classement des individus en deux catégories de sexe a légitimé l'usage de pratiques médicales et chirurgicales irréversibles (ablation des organes génitaux, traitements hormonaux, etc.) afin de conformer l'apparence de l'intersexuel au sexe dans lequel il a été assigné. De telles interventions, souvent pratiquées sur de jeunes enfants ont souvent été mal ressenties par les intéressés qui, au moment de l'adolescence, peuvent rejeter l'assignation sexuelle qu'ils ont subie. La licéité de tels traitements est aujourd'hui contestée, faute de nécessité médicale pour la personne (B. Moron-Puech, « Le droit des personnes intersexuées. Chantiers à venir » (2<sup>e</sup> partie), *La Revue des droits de l'homme*, 11|2017). L'intersexuation, en effet, n'est pas une maladie. Il semblerait qu'actuellement, le recours à de tels traitements soit recommandé après que l'identité de genre de la personne intersexuée ait pu s'affirmer.

60 - B. Moron-Puech, « La loi de modernisation de la justice du XIX<sup>e</sup> siècle et les personnes intersexuées », *Dalloz* 2016, p. 2353.

61 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2017, n° 16-17-189, *D.* 2017, p. 1399, note J.-Ph. Vauthier et Fr. Vialla ; *JCP G*, 2017, n° 696, note Ph. Ingall-Montagnier ; *AJ fam.* 2017, p. 329 obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.*, 2017, p. 607, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal* 4 juillet 2017, n° 25, p. 91, note B. Bloquel, *LPA*, 16 juin 2017, n°120, note M. Péron. *Adde*, M. Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, 2017, n° 716 ; P. Le Maigat, « La Cour de cassation et le refus de reconnaissance des identités sexuelles non-binaires : entre affirmation prétorienne et déni psychotique », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2017, n° 19, p. 20 ; B. Moron-Puech, « Rejet du sexe neutre : une " mutilation juridique " ? », *Dalloz*, 2017, p. 1404.

62 - CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, *Dalloz*, 2016, p. 904, note B. Moron-Puech et p. 1915, obs. Ph. Reigné ; *AJ fam.* 2016, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G*, 2016, n° 492, note Fr. Vialla.

63 - TGI Tours, 20 août 2015, *Dalloz* 2015, p. 2295, note Fr. Vialla ; *AJ fam.*, 2015, p. 613, note S. Le Gac-Pech ; *RTD civ.*, 2016, p. 77, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2016, étude 8, note J.-Fr. Binet.



de certains événements (naissance, mariage, décès) et qui déterminent le contenu de ces actes (dont la mention du sexe). La liberté individuelle s'exerce avec plus ou moins d'intensité dans le cadre fixé par ces règles impératives (*cf. supra*). Quelles que soient les orientations futures du législateur ou de la jurisprudence, nationale ou européenne, ce n'est pas à partir du principe d'indisponibilité que pourrait être justifié le refus d'inscrire à l'état civil une mention du sexe autre que masculin ou féminin.

## B. Disponibilité encadrée et état familial

La part non négligeable accordée à la liberté individuelle en matière de conjugalité est significative d'une disponibilité contrôlée. C'est la volonté qui détermine le choix du statut conjugal que le couple souhaite se donner (mariage ou partenariat). Si le mariage est choisi, il est notable de constater son évolution vers un renforcement de l'autonomie personnelle des époux : chacun à la liberté d'exercer une profession, de percevoir ses gains et salaires, d'avoir un compte bancaire, de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, etc. La volonté tend à étendre son emprise sur les effets personnels du mariage. Ainsi, la jurisprudence a parfois admis que les époux pouvaient se dispenser du devoir de fidélité<sup>64</sup>. La liberté individuelle occupe également une place essentielle en matière de désunion. Cela a toujours été le cas en matière de concubinage et de PACS qui peuvent se rompre unilatéralement. L'évolution du divorce s'est également opérée dans le sens d'un plus grand libéralisme. Le divorce par consentement mutuel est non seulement facilité, mais il est possible à un époux d'imposer le divorce à son conjoint en cas d'altération définitive du lien conjugal lorsque la communauté de vie a cessé depuis deux ans. Un véritable au droit divorce a ainsi été consacré.

La filiation pourrait constituer l'exception à l'idée de disponibilité encadrée qui paraît irriguer l'état des personnes. On sait que les actions en matière de filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation (*cf. supra*). Ce principe connaît toutefois des atténuations que l'on ne saurait négliger. Ainsi, il ne s'oppose pas à la possibilité pour le père prétendu d'acquiescer au jugement ayant déclaré sa paternité.

En ce qui concerne les modes d'établissement de la filiation, la situation est plus ambiguë. Elle dépend du type de filiation considéré. Il ne fait pas de doute que la liberté individuelle joue un rôle fondateur en matière de la filiation élective (*i.e.* filiation adoptive et filiation de l'enfant né d'une aide médical à la procréation avec tiers donneur). Certes, d'autres conditions doivent être réunies pour que soit créé le lien de filiation comme, par exemple, une décision de justice prononçant l'adoption ou un acte authentique recueillant le consentement du couple ayant recours à une AMP<sup>65</sup>. Mais s'il ne suffit pas de vouloir, il faut toujours vouloir.

Le rôle de la liberté individuelle lorsque la filiation est fondée sur la procréation varie considérablement selon que l'on envisage la liberté d'être ou de ne pas être parent<sup>66</sup>. La liberté de

64 - TGI Lille, JAF, 26 novembre 1999, *Dalloz*, 2000, *jur.* p. 254, note X. Labbé ; *RTD civ.*, 2000, p. 296, obs. J. Hauser.

65 - Sur le caractère mal sécurisé de la filiation de l'enfant issu d'une AMP, par exemple en cas de reconnaissance paternelle mensongère ou lorsque le père qui a consenti à une AMP exogène conteste sa filiation et que la mère est d'accord pour taire l'existence de cette AMP, voir O. Roy, *Droit de la famille, préc.*, n° 787. On pourrait voir dans ces différentes hypothèses une disponibilité, certes contestable, de l'état de l'enfant.

66 - Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2015, n°s 912 et s.

ne pas établir de lien de filiation est quasi absolue pour la mère qui peut accoucher anonymement. Certes, depuis 2009, le secret lors de l'accouchement n'est plus une fin de non-recevoir à l'établissement de la filiation maternelle. Mais en pratique, l'identification de la mère sera quasiment impossible. En outre, la plupart des enfants nés sous x étant adoptés plénièrement, il en résulte une impossibilité juridique d'établir leur filiation avec leurs parents de naissance. La situation du père est plus inconfortable. En cas de filiation hors mariage, il peut décider de ne pas reconnaître l'enfant. Mais il ne pourra s'opposer à une action en recherche de paternité. Une telle action est aujourd'hui grandement facilitée en raison du rôle essentiel donné à la vérité biologique et de l'allongement des délais pour agir. À moins d'une action tardive, le père pourra difficilement échapper à l'établissement forcé de la filiation. Autant dire qu'elle présente un caractère indisponible<sup>67</sup>. Mais corrélativement, il en résulte un libre accès à l'établissement de sa filiation paternelle pour l'enfant.

La volonté joue un rôle plus important s'agissant de la liberté d'établir un lien de filiation avec son enfant. En effet, qu'elle soit établie par l'effet de la loi ou par reconnaissance, la « filiation juridique est construite *a priori* sur la volonté »<sup>68</sup>. À cela s'ajoute le rôle non négligeable de la possession d'état qui, par essence, est soumise à l'emprise des volontés individuelles. Toutefois, de nombreux obstacles peuvent se dresser sur le chemin de celui qui veut établir sa descendance. Certains insurmontables (filiation incestueuse, enfant né sous x placé en vue de l'adoption). La nécessité de combattre une filiation préalablement établie ajoute à la difficulté. En effet, le premier lien de filiation ne peut être anéanti si une possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans. À cet égard, force est de constater que le phénomène des reconnaissances mensongères fragilise la filiation de l'enfant. D'un côté, l'auteur de la reconnaissance ne pourra subir l'anéantissement du lien de filiation si le délai de prescription est expiré. D'un autre côté, il est libre de remettre en cause ce lien en engageant une action avant qu'elle ne soit prescrite. Il y a là une forme de disponibilité contestable de l'état.

### III. VERS UNE REDÉFINITION DU RÔLE DE LA NOTION D'ÉTAT DES PERSONNES

Si nombre d'études doctrinales mettent l'accent sur les transformations de l'état des personnes à mesure que se développe la liberté individuelle<sup>69</sup>, aucune ne semble remettre en question l'utilité de cette notion en tant que catégorie juridique. Elle peut pourtant prêter à discussion. En effet, l'intérêt qu'il y aurait de regrouper certaines composantes qui ont déjà leur propre régime juridique (nom, prénom, sexe, filiation, etc.) au sein d'une catégorie unique pourrait se comprendre si, au-delà de leurs différences, des règles communes leur

67 - Rapp. P. Murat, 1994, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variation libres sur un thème controversé) », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille – Liber Amicorum*, PUS & LGDJ, p. 341, qui écrit : « en raison des progrès de la biologie, l'accès à la preuve certaine de la paternité est venu perturber les fondements du système et l'indisponibilité de la filiation peut désormais s'entendre dans un sens plus absolu : ne pas disposer de l'histoire biologique de l'enfant » (spéc. p. 344, c'est nous qui soulignons).

68 - O. Roy, *op. cit.*, n° 442.

69 - Voir not. D. Gutmann, 2003, *Le sentiment d'identité*, préc. ; S. Paricard-Pioux, *La convenance personnelle*, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, vol. 28, préf. Cl. Neirinck, Dalloz ; A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », préc. ; A.-Cl. Aune, *Le phénomène de multiplication des Droits subjectifs en Droit des personnes et de la Famille*, coll. du Centre Pierre Kayser, préf. A. Leborgne, PUAM, 2007 ; Cl. Neirinck (dir.), 2008, *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ ; J. Rochfeld, 2011, *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, PUF, nos 15 et s.

étaient appliquées. Or, les principaux traits caractéristiques de l'état des personnes, à savoir l'indisponibilité, l'immutabilité et l'imprescriptibilité, ne sont plus aussi déterminants qu'il n'y paraît.

On a vu que l'indisponibilité n'est plus ce qui permet de caractériser l'état des personnes. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de certains droits étrangers, le droit français a connu une évolution imprégnée d'individualisme<sup>70</sup>. Sans doute est-il encore marqué par une conception stable de l'identité civile. Il reste que l'emprise croissante de la personne sur les éléments de son identité juridique pose les jalons d'un véritable droit à l'épanouissement personnel. Il est ainsi possible de soutenir que l'état des personnes est disponible, même s'il s'agit d'une disponibilité encadrée.

L'immutabilité, comprise dans son acception classique comme « la qualité de ce qui ne peut être volontairement changé »<sup>71</sup>, est également en net recul. Les principaux éléments qui composent l'état des personnes peuvent non seulement être modifiés, mais la part de la volonté dans ces changements est devenue considérable.

L'imprescriptibilité de l'état est également un principe qui ne doit pas faire illusion. Par-là, on veut indiquer que l'écoulement du temps ne saurait avoir pour effet de perdre ou de transformer l'état. Certes, le non-usage d'un élément de l'état (par exemple le nom patronymique) ne peut entraîner sa perte. Mais l'action permettant de faire constater l'état est prescriptible. On rappellera qu'en soumettant les actions relatives à la filiation à la prescription extinctive, la loi de 1972 a rompu avec le principe d'imprescriptibilité de l'état. On ne peut, sans artifice, dissocier l'état de l'action ayant pour objet de l'établir ou de le contester. À cela, il convient d'ajouter que la prescription acquisitive joue également un rôle par la prise en compte de la possession d'état lorsqu'elle a duré un certain temps (par exemple, en matière de filiation ou de nom).

Que reste-t-il alors de commun aux principaux éléments composant l'état des personnes ? La prise en compte de la possession d'état ? Celle-ci intervient principalement en matière de filiation. Ailleurs, son rôle est résiduel (mariage, nom) ou inexistant. Les actions d'état, soumises à la compétence du tribunal de grande instance ? Cela ne vaut pas pour le changement de nom qui est soumis à un processus administratif complexe dont la phase ultime est la publication d'un décret au journal officiel. Cela ne vaut plus pour le changement de prénom qui bénéficie depuis peu d'une procédure en partie déjudiciarisée (*cf. supra*).

Au bout du compte, l'intérêt de la catégorie « état des personnes » ne saute pas aux yeux. On a le sentiment que cette notion n'a été invoquée en jurisprudence qu'à travers le principe d'indisponibilité censé la caractériser, lequel a été brandi comme un talisman à l'occasion de certains contentieux spectaculaires (transsexualisme, GPA). Si, comme on le pense, la référence à cette indisponibilité est tombée en désuétude, quel intérêt peut bien présenter aujourd'hui la notion d'état des personnes ?

70 - J.-J. Lemouland, 2012, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, p. 328.

71 - Cl. Neirinck, « Les caractères de l'état civil », in Cl. Neirinck (dir.), *L'état civil dans tous ses états*, *op. cit.*, p. 50-51.

Certes, elle n'a pas disparu de notre droit. L'état des personnes est ainsi spécialement mentionné par l'article 34 de la constitution parmi les matières qui relèvent du domaine de la loi. Par-là se trouve affirmé le fait que les éléments qui le composent – et dont la liste est sujette à discussion (*cf. supra*) – sont trop importants pour relever de la compétence du pouvoir exécutif. Les articles 73 et 74 (par renvoi à l'article 73) de la constitution y font également référence lorsqu'ils définissent les contours de la compétence normative de l'État dans les départements et les régions d'outre-mer et dans les collectivités d'outre-mer. Il en va de même des lois organiques fixant le statut de certaines collectivités d'outre-mer<sup>72</sup> et de la Nouvelle-Calédonie<sup>73</sup>. Certains articles du Code civil mentionnent toujours l'état des personnes, tel l'article 2060 du Code civil qui exclut la possibilité de conclure une convention d'arbitrage en la matière, ou l'article 3, alinéa 3, du Code civil, dont la rédaction n'a pas varié depuis 1804, à partir duquel a été forgée la catégorie de statut personnel (laquelle, on le sait, ne présente plus aujourd'hui de réelle unité). Récemment, la loi du 18 novembre 2016 a créé une procédure permettant, sous certaines conditions, le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la CEDH qu'elle a été prononcée en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (article L. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire)<sup>74</sup>.

Il reste que si la catégorie « état des personnes » existe toujours, ce n'est pas le fait d'y associer un régime juridique qui semble le mieux la caractériser. Sa justification doit être recherchée ailleurs. Elle serait principalement un moyen de dénommer les principaux éléments qui la compose. Pour le dire autrement, l'« état des personnes » se justifierait essentiellement par la somme de ses composantes. Sans doute existe-t-il un intérêt pratique à utiliser cette expression. Il est certainement plus commode de regrouper sous une même dénomination les éléments permettant de caractériser la personne physique en tant que sujet de droit. Mais il est difficile d'y voir autre chose.

---

72 - Voir la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, articles 7,4° et 14,1°.

73 - Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, articles 6-2,4° et 99,9°.

74 - Sur laquelle, voir not. Th. Le Bars, « Convention EDH : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », *Dr. fam.*, 2017, dossier n° 12 et Fr. Chénéde, « Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH », *AJ fam.*, 2016, p. 595.



## **DEUXIÈME PARTIE**

### **LES CONTOURS DU DROIT À L'IDENTITÉ, FINITUDE OU INFINITUDE...**



## La protection de l'identité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>

**Amélie Dionisi-Peyrusse**

Université de Rouen, Centre Universitaire Rouennais d'Études juridiques (CUREJ)

57

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 ne contient aucune référence à l'identité. On ne trouve aucune trace non plus de cette notion dans les grands textes protecteurs des droits fondamentaux élaborés immédiatement après la Seconde Guerre mondiale : ni le préambule de la Constitution de 1946 ni la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ne font référence à l'identité. L'impression générale qui se dégage de ces textes est même en sens contraire : ils sont destinés à « tous les membres de la famille humaine »<sup>2</sup> dans un élan d'universalisme fondé sur un humanisme réfractaire à toute segmentation de l'humanité. On y lirait presque que l'humain n'est qu'humain et que ses droits ne peuvent dépendre que de cette seule qualité.

Dans ce contexte, c'est sans surprise que l'on constate que la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ne contient aucune référence à la notion d'identité, pas plus que ses protocoles. Au contraire, ici encore, son préambule incite à penser que l'identité ne fait pas partie des valeurs protégées dans la mesure où il se réfère à la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'idéal d'universalité, à une « conception commune » des droits de l'homme et à un « patrimoine commun d'idéal ».

Bien sûr, on objectera que tout cela n'est pas nécessairement en contradiction avec un développement de la protection de l'identité intégrée dans les droits humains en ce qu'elle répond aux aspirations de l'individu et dès lors qu'elle s'exerce dans le respect des droits fondamentaux.

C'est bien en ce sens que va évoluer le droit international des droits humains<sup>3</sup>. Plus précisément, non seulement on considère aujourd'hui qu'il n'y a pas de contradiction, pas d'opposition entre protection de l'identité et protection des droits humains mais on tend même à protéger l'identité par le biais des droits fondamentaux.

1 - Contribution rédigée en septembre 2017. Le style oral a été volontairement conservé. L'auteure remercie particulièrement Christine Bidaud pour son invitation et l'organisation de ce colloque qui fût l'occasion d'échanges humains et scientifiques exceptionnels.

2 - Préambule de la DUDH du 10 déc. 1948, cons. 1.

3 - Voir déjà l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, selon lequel : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».



C'est donc assez logiquement que l'on retrouve l'identité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme<sup>4</sup> (CEDH). Plus précisément, le droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 impliquerait un droit à l'identité<sup>5</sup>. Mais plus généralement, l'identité serait un élément à prendre en compte pour se prononcer sur une violation des droits humains protégés par la Convention.

Ce recours à l'identité a permis à la Cour d'étendre son contrôle à de nombreux domaines qui ne figurent pas expressément dans la Convention, tels que le nom, la nationalité ou encore l'accès aux origines, et ce ne sont là que des exemples.

L'identité a ainsi constitué un instrument d'extension du champ d'application de la Convention grâce à la conception large de l'identité retenue par la Cour. On peut aujourd'hui s'interroger sur les effets de cette extension en se demandant quels sont les intérêts et les valeurs servis par cette protection de l'identité.

Ainsi, après avoir exposé le champ de la protection de l'identité (I), nous nous interrogerons sur les valeurs servies par la protection de l'identité (II).

## I. LE CHAMP DE LA PROTECTION DE L'IDENTITÉ

Faire entrer l'identité dans le champ de la Convention permet de couvrir de nombreux domaines tant la notion d'identité retenue par la CEDH est large : elle couvre aussi bien l'identité non inscrite par l'autorité publique (A) que l'identité faisant l'objet d'une connaissance par l'autorité publique et d'une inscription officielle, que nous désignerons par « identité inscrite » (B).

### A. L'identité non inscrite

La protection de l'identité non inscrite concerne essentiellement des questions touchant à l'identité individuelle mais aussi parfois des questions relevant de l'identité collective.

En matière d'identité individuelle, tout d'abord, de manière peu surprenante, la Cour a jugé que le droit à l'image et le droit à la réputation étaient protégés par le droit au respect de la vie privée en ayant recours à la notion d'identité. Pour cela, la Cour a posé que la notion de vie privée d'une personne comprend des éléments se rapportant à son identité tels que le droit à l'image, la photo et l'intégrité physique et morale de la personne<sup>6</sup>. Elle a aussi considéré « que

4 - Sur l'ensemble de la question, voir J.-P. Marguénaud, 2015, « La dimension européenne de l'identité : les enseignements de la jurisprudence européenne », in V. Mutelet et F. Vasseur-Lambry (dir.), *Qui suis-je ? Dis-moi qui tu es : l'identification des différents aspects juridiques de l'identité*, Artois presses université, p. 105 ; F. Marchadier, 2017, « L'identité de l'enfant. Perspective de droit européen des droits de l'homme », in M. Boudot et D. Veillon (dir.), *L'enfant*, LGDJ/Lextenso, p. 91 et s. ; voir aussi A. Gouttenoire, « Le droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH », *Droit & Patrimoine*, 2013 n° 229.

5 - CEDH, *Bensaïd c/ R.-U.*, 6 fév. 2001, n° 44599/98, § 47.

6 - Voir not. CEDH, *Van Hannover c/ Allemagne*, 24 juin 2004, n° 59320/00 ; CEDH, *Minelli c/ Suisse*, 14 juin 2005, n° 14991/02 ; CEDH, *Van Hannover c/ Allemagne*, 7 fév. 2012, n° 40660/08 et 60641/08 ; CEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France*, 10 nov. 2015, n° 40454/07.

la réputation d'une personne, même si cette personne est critiquée dans le cadre d'un débat public, fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale et dès lors relève aussi de sa "vie privée" »<sup>7</sup>. Elle parle aussi parfois d'« identité personnelle et psychique »<sup>8</sup>. Ces solutions ne sont pas surprenantes puisqu'on touche ici aux rapports entre l'intime et le propos public, et on peut préciser que ces droits sont mis en balance avec la liberté d'expression<sup>9</sup>.

Élargissant un peu la notion de manière plus novatrice, la Cour a aussi utilisé l'identité pour justifier l'insertion de la vie professionnelle dans la vie privée. Elle a considéré que l'article 8 protège le droit au respect de la « vie privée sociale » qui implique « la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale »<sup>10</sup>.

De manière encore plus étonnante et plus novatrice, l'identité a également permis à la Cour de développer une importante et abondante jurisprudence relative aux mesures d'éloignement des étrangers<sup>11</sup>. Pour cela, elle a considéré que les immigrés de seconde génération ou les étrangers arrivés dans leur prime jeunesse ont noué dans l'État d'immigration « la plupart de leurs attaches sociales », y ont reçu leur éducation et qu'ils « y ont donc développé leur identité propre »<sup>12</sup>. La démarche était en son temps plutôt audacieuse puisque les questions d'immigration n'étaient pas censées être couvertes par la Convention.

Enfin, la Cour a également utilisé la notion d'identité pour poser un droit d'accès aux origines en intégrant cette question dans l'article 8. En effet, dans son arrêt *Mikulic* de 2002<sup>13</sup>, elle a considéré que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »<sup>14</sup>. Dans son arrêt *Odièvre c/France* de 2003<sup>15</sup>, après avoir rappelé que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, la Cour a réitéré et précisé sa position en considérant qu'il existe un « intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect

7 - CEDH, *Pfeifer c/Autriche*, 15 nov. 2007, n° 12556/03, § 35.

8 - CEDH, *Pétrina c/Roumanie*, 14 oct. 2008, n° 78060/01, § 29, *RTDCiv.*, 2008.648, note J.-P. Marguénaud.

9 - Voir par ex. *Van Hannover*, 24 juin 2004 préc., § 58 s. ; *Minelli* préc. ; *Pfeifer* préc., § 38 s. ; *Pétrina* préc., § 36 s. ; *Van Hannover*, préc.

10 - CEDH, *Bigaeva c/Grèce*, 28 mai 2009, n° 26713/05 ; la Cour a donc examiné au regard de l'article 8 le refus d'inscription au tableau de l'ordre des avocats opposé au requérant pour des raisons tenant à sa nationalité. Plus généralement, on peut comprendre que la vie professionnelle est concernée par l'article 8, notamment grâce à la notion d'identité.

11 - Après avoir élaboré une jurisprudence la conduisant à examiner la proportionnalité d'une mesure d'éloignement au regard de la vie familiale de l'étranger, elle s'est ensuite placée sur le terrain de la vie privée pour contrôler les mesures d'éloignement en l'absence de vie familiale ; voir not. A. Dionisi-Peyrusse, 2008, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, préface P. Courbe, *Deffrénois*, spéc. n° 397 s. ; D. Lochak, *JCl. Droit international*, fasc. 524-35 : Droits et libertés des étrangers - Vie privée et familiale.

12 - CEDH, *Benhebbba c/France*, 10 juill. 2003, n° 53441/99, § 33.

13 - CEDH, *Mikulic c/Croatie*, 7 fév. 2002, n° 53176/99, *RTD civ.* 2002.806, obs. J.-P. Marguénaud.

14 - La Cour poursuivait en énonçant que « le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité » (*Mikulic*, préc., § 54) après avoir précisé que « la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu » (§ 53).

15 - CEDH, *Odièvre c/France*, 13 fév. 2003, n° 42326/98 ; *RTD civ.* 2003. 276, note J. Hauser et 375, note J.-P. Marguénaud ; *JCP*, 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre.

important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »<sup>16</sup>. On peut donc considérer que le droit d'accès aux origines est protégé par l'article 8 de la Convention par le biais du droit à l'identité.

En lien avec les questions d'engendrement, la Cour a ensuite été conduite à s'interroger sur les données génétiques. Dans l'affaire *Canonne*, elle a décidé que « les données génétiques d'un individu relèvent de son identité intime »<sup>17</sup>. Cela lui a permis de juger que les questions relatives aux conditions et conséquences d'une expertise génétique en matière de filiation tombaient dans le champ de l'article 8. Dans son arrêt *Parillo c/Italie*, la Cour a relevé que les embryons renfermaient le patrimoine génétique de la requérante et que, à ce titre, ils représentent « une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique »<sup>18</sup>.

L'identité utilisée par la Cour ne renvoie pas toujours à une identité individuelle, il s'agit aussi parfois d'une identité collective, ou communautaire pourrait-on dire. Tel est le cas en matière d'identité culturelle et religieuse.

Ainsi, pour la Cour, la liberté de religion protégée par l'article 9 de la Convention figure « parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »<sup>19</sup>. Et dans son arrêt *SAS c/France*, elle a pu considérer que le voile intégral « est l'expression d'une identité culturelle » et que dès lors, selon elle, « on comprend que les intéressées perçoivent cette interdiction comme une atteinte à leur identité »<sup>20</sup>.

S'agissant des « minorités », la Cour a utilisé la notion d'identité afin de se prononcer sur la question de la préservation des modes de vie<sup>21</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Chapman* du 18 janvier 2001,

16 - *Odièvre préc.*, § 29 ; dans son arrêt *Pascaud* (CEDH, *Pascaud c/ France*, 16 juin 2011, n° 19535/08, *Dalloz actualités*, 5 juillet 2011, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011.526, note J. Hauser ; *AJ Fam.*, 2011.429, note F. Chénéde), la Cour a affirmé que « le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de « vie privée », qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle dont l'identité des géniteurs fait partie » (§ 48) ; voir déjà CEDH, *Jäggi c/ Suisse*, 13 juill. 2006, n° 58757/00, § 25 ; *RTD civ.*, 2006.727, note J.-P. Marguénaud ; voir également CEDH, *Godelli c/ Italie*, 25 sept. 2012, n° 33783/09, § 45 ; *AJ Fam.*, 2012.554, note F. Chénéde.

17 - CEDH, *Canonne c/ France*, 25 juin 2015, n° 22037/13, § 25, *AJ Fam.*, 2015.499, note S. Le Gac-Pech ; *Dalloz*, 2016, p.674, obs. M. Douchy-Oudot, p.752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Pras, p.857, obs. F. Granet-Lambrecht ; *JDI*, 2016, chron. 8, *Chronique du CREDDH*, note A. Dionisi-Peyrusse.

18 - CEDH, *Parrillo c/ Italie*, 27 août 2015, n° 46470/11, § 158, *RTD Civ.*, 2015.830, note J.-P. Marguénaud ; *AJ Fam.*, 2015.433, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

19 - CEDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, § 31.

20 - CEDH, *SAS c/ France*, 1<sup>er</sup> juill. 2014, n° 43835/11, § 120, *Dalloz*, 2014.1701, note C. Chassang ; voir aussi CEDH, *Dakir c/ Belgique*, 11 juill. 2017, n° 4619/12. Sur la jurisprudence antérieure, voir not. J.-P. Marguénaud, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Dalloz*, 2010.682 (note sous CEDH, *Ahmet Arslan c/ Turquie*, 23 fév. 2010, n° 41135/98).

21 - Sur la question du droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Protocole 1, la Cour a eu l'occasion de rappeler sa jurisprudence sur l'attention particulière à accorder aux minorités en raison de leur vulnérabilité. Mais, n'étant pas saisie par des requérants invoquant une situation particulière pour bénéficier d'un traitement particulier, elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les rapports entre l'identité d'une minorité et un éventuel droit à l'instruction qui tiendrait compte de cette identité (CEDH, *D.H. et autres c/ République tchèque*, 13 nov. 2007, n° 57325/00, CEDH, *Sampanis et autres c/ Grèce*, 5 juin 2008, n° 32526/05). Toutefois, on sait qu'elle avait jugé dans l'affaire de la linguistique belge que « l'article 14, même combiné avec l'article 2 du Protocole (art. 14+P1-2), n'a pas pour effet de garantir aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix » (CEDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, 23 juill. 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 11). Il n'est donc pas certain que le recours à la notion d'identité soit ici porteur pour obtenir des droits particuliers en matière d'instruction.

à propos de mesures concernant le stationnement des caravanes, la Cour a énoncé que « la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tzigane de la requérante »<sup>22</sup> et a poursuivi en estimant que les mesures litigieuses « n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tzigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »<sup>23</sup>. Se placer sur le terrain de l'identité va permettre à la Cour de développer une jurisprudence en faveur d'une attention particulière pour les besoins et le mode de vie des minorités, justifiée par leur vulnérabilité<sup>24</sup>.

La même démarche d'utilisation extensive de l'identité se retrouve en matière d'identité inscrite.

### B. L'identité inscrite

La Cour a étendu le champ d'application de la Convention à des questions relevant de l'identité inscrite par l'autorité publique telle que le nom, le prénom, le sexe, la filiation et la nationalité.

En matière de nom de famille, la Cour rappelle généralement que la Convention ne contient aucune disposition en la matière. Néanmoins, elle juge que, « en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci »<sup>25</sup>. La Cour utilise les mêmes arguments pour faire entrer le prénom dans le champ d'application de l'article 8<sup>26</sup>.

En ce qui concerne la question de l'appartenance juridique à un sexe, la Cour a souligné qu'« il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle »<sup>27</sup>, puis elle a énoncé que « la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain ». Elle a également posé que, « Élément de l'identité personnelle, l'identité sexuelle relève pleinement du droit au respect de la vie privée que consacre l'article 8 de la Convention »<sup>28</sup>.

22 - CEDH, *Chapman c/ RU*, 18 janv. 2001, n° 27238/95, § 73, not. *RTD civ.*, 2001.448, note J.-P. Marguénaud.

23 - Dans le même sens, voir not. CEDH, *Winterstein et autres c/ France*, 17 oct. 2013, n° 27013/07, § 142.

24 - Précédemment, la Cour s'était placée exclusivement sur le terrain du droit au respect du domicile, voir la note préc. de J.-P. Marguénaud.

25 - CEDH, *Burghartz c/ Suisse*, 22 fév. 1994, n° 16213/90, § 24 ; CEDH, *Stjerna c/ Finlande*, 25 nov. 1994, n° 18131/91, § 37 ; voir aussi CEDH, *Cusan et Fazzo c/ Italie*, 7 janv. 2014, n° 77/07, § 55, not. *RTD civ.*, 2014.305, note J.-P. Marguénaud ; on peut remarquer que, curieusement et paradoxalement, la Cour intègre ici la question du nom de famille car il s'agit d'un élément d'identification mais sans évoquer un droit à l'identité (le simple fait qu'il s'agisse d'un élément d'identification conduit tout de même à considérer que le nom concerne la vie privée).

26 - Elle relève que la Convention ne contient aucune disposition explicite en matière de prénom. C'est donc ici aussi parce qu'il s'agit d'un « moyen d'identification au sein de la famille et de la société » que le prénom concerne la vie privée et familiale (CEDH, *Guillot c/ France*, 24 oct. 1996, n° 15773/89 et 15774/89, § 21 ; voir aussi CEDH, *Johansson c/ Finlande*, 6 sept. 2007, 10163/02, § 28).

27 - CEDH, *Goodwin c/ R.-U.*, 11 juill. 2002, n° 28957/95, § 77 et § 90, not. *RTD civ.*, 2002. 862, note J.-P. Marguénaud.

28 - CEDH, *A. P., Garçon et Nicot c/ France*, 6 avril 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, § 95, *AJ Fam.*, 2017.299, obs. F. Viney ; *Dalloz* 2017.1027, note J.-P. Vauthier et F. Violla.

La Cour fait aussi entrer les questions de filiation<sup>29</sup> dans le champ d'application de l'article 8 en considérant que la vie privée peut « intégrer des aspects de l'identité non seulement physique mais aussi sociale de l'individu »<sup>30</sup> et « qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation »<sup>31</sup>. Elle emploie parfois des formules plus directes en posant que le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance relève du droit à l'identité, qui fait partie intégrante de la notion de vie privée<sup>32</sup>. On peut souligner que la filiation entre dans le champ de l'article 8 aussi bien du côté de l'ascendant que de celui du descendant ; l'identité de chacun d'entre eux est touchée<sup>33</sup>.

C'est donc en invoquant l'identité « sociale » que la Cour a fait entrer les questions de filiation, et non plus seulement celles d'accès aux origines<sup>34</sup>, dans le champ d'application de l'article 8. On relèvera que cette jurisprudence trouve désormais écho dans les décisions de la Cour de cassation qui opte pour un contrôle de proportionnalité<sup>35</sup>. Par ailleurs, allant encore plus loin, la Cour a considéré, à propos de droits dans la succession des descendants qu'« il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés »<sup>36</sup>.

Enfin, la Cour a utilisé la notion d'identité pour justifier le lien entre la vie privée et la nationalité, alors qu'aucune disposition de la Convention ne traite des questions de nationalité. Pour cela, elle a utilisé la notion d'identité sociale<sup>37</sup> avant d'affirmer que « la nationalité est un élément de l'identité des personnes »<sup>38</sup>. On retrouve donc, comme en matière de filiation,

29 - Voir H. Fulchiron, 2017, « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir), *Les fondements de la filiation*, Varenne-LGDJ-Lextenso, p. 137.

30 - La Cour précise que « cela inclut la filiation dans laquelle s'inscrit chaque individu », CEDH, *Mandet c/ France*, 14 janv. 2016, n° 30955/12, § 44, *RLDC*, 1<sup>er</sup> avril 2016, n°136, note F. Dekeuwer-Défossez ; *Dr. Fam.*, 2016, n° 3, comm. 47, note H. Fulchiron et n°9, chron. 2, obs. A. Gouttenoire ; *AJ Fam.* 2016.213, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.*, 2016.331, note J. Hauser ; *JCP G*, n°11, 14 mars 2016, 305, note T. Garé ; *RJPF* 1er mars 2016, n° 3, note A. Cheynet de Beaupré ; *JDI*, 2017, chron. 9, chronique du CREDHo, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

31 - CEDH, *Menesson c/ France* et *Labassée c/ France*, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, § 80, *Dalloz*, 2014, p.1773, par H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon et p.1806 par L. d'Avout ; *AJ Fam.*, 2014.396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dalloz*, 2015.702, obs. F. Granet-Lambrecht et p.1007, obs. Regine ; *JDI*, 2014, comm. 16, note J. Guillaumé et *JDI*, 2015, chron. 7, chronique du CREDHo, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

32 - CEDH, *Pascaud c/ France* préc., § 59 ; CEDH, *Konstantinidis c/ Grèce*, 3 avril 2014, n° 58809/09, § 47 ; *JDI*, 2015, chron. 7, chronique du CREDHo, note A. Dionisi-Peyrusse.

33 - La Cour considère que « la reconnaissance comme l'annulation d'un lien de filiation touche directement à l'identité de l'homme ou de la femme dont la parenté est en question » (CEDH, *Rasmussen c/ Danemark*, 28 nov. 1984, n° 8777/79, § 33 ; *Mandet* préc., § 44 ; voir aussi par ex., *Canonne* préc., § 25) ; mais aussi celle du descendant puisque la Cour considère qu'« il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée » du descendant prétendu, CEDH, *Mikulic* préc., § 55 ; voir aussi *Menesson* préc., § 46.

34 - Voir *supra*.

35 - Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2016, n° 15-19853, *Dalloz*, 2016.1980, note H. Fulchiron et Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 2016, 15-25068, *Dr Fam.*, 2017. Comm. 9, note H. Fulchiron ; *RTD civ.*, 2017, 111, obs. J. Hauser ; voir aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 2016, n° 15-25507, *AJ Fam.* 2016.543, note J. Houssier ; *Dalloz*, 2016.2494, note H. Fulchiron ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2018, 17-25938 et 17-26445 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 2018, 17-21095.

36 - *Menesson* préc., § 98 ; dans l'arrêt *Mazurek* (CEDH, *Mazurek c/ France*, 1<sup>er</sup> fév. 2000, n°34406/97), la Cour avait conclu à une violation de l'article 1 du Protocole 1 combiné avec l'article 14 et n'avait, de ce fait, pas examiné le grief de violation des articles 8 et 14 (§ 56).

37 - CEDH, *Genovese c/ Malte*, 11 oct. 2011, n° 53124/09, § 33, F. Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme - Réflexions à partir de l'arrêt *Genovese c/ Malte* », *Rev. crit. DIP*, 2012.61.

38 - *Menesson* préc., § 97. Dans d'autres décisions, la Cour examine des questions de nationalité au regard de l'article

le recours à la notion d'identité sociale ; cela répond à une certaine logique puisque l'on touche aussi à une question de lien juridique, ici entre une personne et un État. On notera le retentissement de cette évolution dans la jurisprudence interne puisque le Conseil d'État, dans un arrêt du 8 juin 2016, a considéré qu'un décret de déchéance de nationalité « affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée »<sup>39</sup>.

Tout cela, pour quoi faire ? Dans quels objectifs ? Avec quelles conséquences ?

## II. LES VALEURS SOUTENUES PAR LA PROTECTION DE L'IDENTITÉ

Au-delà des objectifs immédiats (A), il faut s'interroger sur les difficultés sous-jacentes (B).

### A. Les objectifs immédiats

On peut commencer par observer rapidement quelques formules de la CEDH.

On peut remarquer que dans trois domaines différents (accès aux origines<sup>40</sup>, changement de sexe<sup>41</sup> et nationalité<sup>42</sup>), la Cour a conclu à des violations de l'article 8 en raison, notamment de l'incertitude dans laquelle se sont retrouvés les requérants, qualifiée de « pénible »<sup>43</sup> ou considérée comme étant « de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité »<sup>44</sup>. Il y aurait donc une sorte de droit à ne pas être laissé dans l'incertitude en matière d'identité.

On peut également observer que, en matière de droit à l'image ou de droit à la réputation, la Cour rappelle que l'article 8 « est principalement destiné à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables »<sup>45</sup>. Elle parle également d'« épanouissement personnel »<sup>46</sup>. L'incidence sur la

8 mais sans avoir recours à la notion d'identité, voir CEDH, *Case of Ramadan c/ Malte*, 21 juin 2016, n° 76136/12, *Dalloz actualité*, 4 juill. 2016, obs. B. Hérisset ; *Rev. Crit. DIP*, 2017, p. 221, note F. Marchadier ; *JDI*, 2017, chron. 9, *chronique du CREDHo*, note A. Dionisi-Peyrusse ; voir aussi CEDH, *K2 c/ R.-U.*, 7 févr. 2017, n° 42387/13. Voir déjà la jurisprudence antérieure, not. CEDH, *Karashev c/ Finlande*, 12 janv. 1999, n° 00031414/96, A. Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, préc., n° 679.

39 - CE, 8 juin 2016, n° 394348, point 15, *Dalloz* 2016, p. 1310, obs. J.-M. Pastor ; *RFDA*, 2017, p. 1188, note J. Lepoutre ; dans le même sens, le même jour, CE, 8 juin 2016, n° 394350, n° 394352, n° 394354 et n° 394356, *AJDA*, 2016, p. 1758, X. Domino ; voir déjà CE, 12 déc. 2014, n° 367324, *AJ Fam.*, 2015 p.53, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

40 - *Mikulic* préc., § 66.

41 - CEDH, *L. c/ Lituanie*, 11 sept. 2007, n° 27527/03, § 59 ; dans cette affaire, il ne s'agissait pas uniquement du changement de sexe à l'état civil, la question de l'opération de changement de sexe était également en cause.

42 - *Mennesson* préc., § 97.

43 - *L. c/ Lituanie* préc., § 59.

44 - *Mennesson* préc., § 97.

45 - La Cour ajoute qu'« Il existe donc une zone d'interaction entre l'individu et des tiers qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée » (*Pétrina* préc., 27 pour le droit à la réputation et *Van Hannover*, 24 juin 2004 préc., § 50 pour le droit à l'image).

46 - L'intégration du droit à l'image dans l'article 8 de la Convention est justifiée, selon la Cour, par le fait que « L'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle dégage son originalité et lui permet de se différencier de ses congénères. Le droit de la personne à la protection de son image constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la

formation de la personnalité est aussi énoncée à propos du droit de connaître ses origines<sup>47</sup>. Le développement des liens avec ses semblables est également évoqué en matière de vie professionnelle<sup>48</sup>. La protection de l'identité viserait donc à permettre l'épanouissement personnel, le développement de la personnalité et des relations avec les autres, sans perturbation extérieure.

Au-delà de ces formules retenues par la Cour, on sait que la reconnaissance qu'une question touche à l'identité peut aussi permettre de protéger une forme d'autonomie personnelle dans le domaine concerné. L'arrêt *Parrillo*<sup>49</sup> en est un bon exemple : parce que les embryons représentent l'identité génétique de la requérante, selon la Cour, ils relèvent à ce titre de son droit à l'autodétermination et l'article 8 est donc applicable à « la possibilité pour la requérante d'exercer un choix conscient et réfléchi quant au sort à réserver à ses embryons »<sup>50</sup>.

On sait également que l'intégration dans le champ de l'article 8 permet de conduire à l'application de l'article 14 qui énonce le droit à la non-discrimination dans les droits protégés par la Convention. Les meilleurs exemples sont sans doute ici les arrêts *Cusan* et *Fazzo* et *Genovese*<sup>51</sup> dans lesquels les États ont été condamnés en raison de discriminations entre les femmes et les hommes et entre les enfants nés dans le mariage ou hors mariage en matière de nom<sup>52</sup> et de nationalité.

On pourrait donc considérer que grâce à la notion d'identité la Cour fait principalement avancer les valeurs de liberté (à travers l'autonomie personnelle) et d'égalité (à travers le

---

maîtrise par l'individu de son image » (CEDH, *Reklos et Davourlis c/ Grèce*, 15 janv. 2009, n° 1234/05, § 40 ; voir aussi *Van Hannover*, 7 fév. 2012 préc., § 96). Ce droit conduit ici à un droit à la maîtrise de son image et à sa non-divul-gation sans autorisation, en application d'un droit « de vivre en privé, loin de toute attention non voulue », afin notamment d'assurer le développement de la personnalité (not. *Couderc* préc., § 83). Ce droit est mis en balance avec la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention, en application d'un ensemble de critères (voir not. *Couderc* préc., § 93). La consécration du droit à la réputation en ayant recours à la notion d'identité procède de la même idée. Il est également mis en balance avec la liberté d'expression (not. *Pfeifer* préc., § 35).

47 - Voir not. *Mikulic* préc., § 54.

48 - Selon la Cour, la vie professionnelle peut entrer dans le cadre de la vie privée car celle-ci comprend « la possibilité pour l'individu de développer son identité sociale » (*Bigaeva* préc., § 22) ; dès lors, des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8 « lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables » (*Bigaeva* préc., § 23). La Cour souligne ainsi le lien entre l'identité et les relations que l'on peut nouer avec ses semblables.

49 - *Parrillo* préc., § 159.

50 - *Ibid.*

51 - Arrêts préc.

52 - D'autres objectifs tant de la protection de l'identité que des restrictions qui peuvent exister se dégagent des arrêts de la Cour en matière de nom et de prénom. S'agissant du nom de famille, la Cour a relevé, dans son arrêt *Burghartz* préc. une des conséquences pour le requérant : « En l'occurrence, la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable » (§ 24). Sur la question du changement de nom, la Cour reconnaît une large marge d'appréciation aux États (*Stjerna* préc., § 39) notamment en raison de son « rôle déterminant pour l'identification des gens » ; dès lors, même si elle reconnaît « qu'il peut exister de véritables raisons amenant un individu à désirer changer de nom, la Cour admet que des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public » (§ 39) ; elle conclut à une non-violation dans cette affaire, en dépit des sentiments du requérant, notamment car les désagréments invoqués ne sont pas d'une importance suffisante. En matière de prénom, la Cour a énoncé une particularité en relevant que « le choix du prénom de l'enfant par ses parents revêt un caractère intime et affectif » (*Guillot* préc., § 22). Pourtant, alors que le prénom voulu par les parents, « Fleur de Marie » était refusé à l'état civil, elle n'a pas conclu à une violation du droit au respect de la vie privée et familiale en raison de la faible importance des désagréments effectifs, notamment parce qu'un prénom proche, « Fleur-Marie » avait été accepté.

principe de non-discrimination) en matière de droits des personnes et de la famille, poursuivant ainsi simplement une évolution entamée il y a plusieurs décennies et que l'on retrouve largement dans l'ordre interne français.

Mais les choses ne sont pas aussi linéaires.

### B. Les difficultés sous-jacentes

Des difficultés peuvent être identifiées, aussi bien s'agissant des identités individuelles que s'agissant des identités collectives.

En ce qui concerne les identités individuelles, on peut observer que l'identité ouvre parfois directement un droit à l'inscription d'un élément identitaire dont le fondement est précisé par la Cour, ce qui soulève des difficultés importantes. Ainsi, en matière d'accès aux origines, la Cour parle bien de « droit à l'identité », ce qui n'est pas toujours le cas et n'est sans doute pas anodin, et elle n'hésite pas à employer les termes très forts d'« intérêt vital »<sup>53</sup>.

La difficulté est que la Cour a poursuivi et adopté le même raisonnement en matière de filiation, passant ainsi d'une identité non inscrite, les origines, à une identité inscrite, la filiation juridique<sup>54</sup>. La Cour était bien dans la continuité d'un raisonnement puisqu'elle a jugé que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain », qui justifiait l'accès aux origines, incluait la filiation<sup>55</sup>. Le problème est que cela conduit la Cour à utiliser le même fondement pour une identité inscrite et pour une identité non inscrite : la biologie. Elle affirme ainsi un droit à établir sa filiation véritable qui serait la filiation biologique<sup>56</sup>. Ce faisant, la Cour « naturalise » en quelque sorte la filiation alors que celle-ci est une construction sociale qui peut être fondée sur des éléments autres que la biologie, sur la volonté et le comportement notamment<sup>57</sup>. La difficulté est que cette référence à la biologie conduit à une forme de déterminisme et réduit la place du volontarisme ; ce qui n'est pas en faveur des valeurs d'égalité et de liberté. Plus largement, on peut également relever que si une naturalisation des identités inscrites est tentante en raison notamment de la fiabilité et de la stabilité des données naturelles, elle pourrait conduire à une identité biométrique qui dépersonnaliserait complètement l'identité<sup>58</sup>, allant

53 - Odièvre, préc., § 29.

54 - Sur les rapports entre le droit de connaître ses origines et la filiation, voir not. P. Murat, 2015, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in B. Mallet-Bricout et Th. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, p. 51 s.

55 - Mennesson préc., § 96.

56 - Pour ce faire, la Cour invoque notamment l'intérêt de l'enfant. Elle considère que, au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, « on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance » (Mennesson préc., § 100). Toutefois, dans certains cas de figure, le fondement biologique ne l'emporte pas, voir H. Fulchiron, « Les fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », préc.

57 - Voir C. Raux, 2013, « le droit à la connaissance de ses origines et l'identité de la personne », in G. Aidan, et E. Debaets (dir.), *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, p.115 s. ; sur les différents fondements de la filiation, voir, A. Dionisi-Peyrusse et L. Mauger-Vielpeau (dir.), *Les fondements de la filiation*, op. cit.

58 - Voir G. Loiseau, « L'objectivation de l'identité », in *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 229 s. Sur le rapport entre l'identité et le développement de certaines techniques scientifiques, voir aussi C. Byk, « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », RDSS 2012.800. Sur l'identité



à l'encontre de la volonté de protéger le développement de la personnalité avancée par la Cour au soutien de la protection de l'identité.

La même difficulté, mais inversée, se retrouve dans les considérations de la Cour à propos du changement de sexe. La Cour relève « Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ». Selon elle, il y aurait « un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété »<sup>59</sup>. Ce faisant, la Cour semble considérer que le sexe se définit à travers un « rôle adopté dans la société » et qu'il est une « réalité sociale ». Elle admet donc que le sexe ne soit pas uniquement une donnée biologique mais qu'il soit également une construction sociale conduisant à l'assignation à un rôle social prédéterminé, passant ainsi discrètement du sexe au genre<sup>60</sup>, ce qui, là encore, dessert en réalité les valeurs d'égalité et de liberté.

Il faut dire que le rôle de la Cour n'est pas d'élaborer un système juridique mais simplement de sanctionner les États quand les conséquences du système juridique qu'ils ont la charge d'élaborer violent les droits d'une personne protégés par la Convention. Dès lors, il lui est peut-être compliqué d'avancer la réflexion sur le terrain des identités qui doivent être inscrites et de celles qui ne doivent pas l'être et sur le fondement et la légitimité de chacune d'elles. Néanmoins, et plus généralement, il est peut-être regrettable que rien dans la jurisprudence de la Cour ne montre une conscience que les identités, en particulier juridiques, peuvent aussi être des identités oppressives<sup>61</sup> et que, dès lors, certaines identités, ou plus précisément certains fondements de l'identité ne doivent pas donner lieu à une inscription juridique, sous peine de devenir une source de discrimination<sup>62</sup>.

S'agissant des identités collectives, elles sont valorisées, notamment à travers les notions d'identités culturelles et religieuses<sup>63</sup>. La Cour avance une volonté de protéger et même promou-

---

et la génétique, F. Bellivier, « La réticence du droit face à la notion d'identité génétique », in B. Mallet-Bricout et Th. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., p. 133 s.

59 - Goodwin préc., § 77

60 - Voir *La loi et le genre. Études critiques de droit français*, S. Hennette-Vauchez et alii (dir.), 2014, op. cit.; S. Hennette-Vauchez et alii, 2016, *Genre et droit – ressources pédagogiques*, coll. Méthodes du droit.

61 - Voir G. Loiseau, « L'objectivation de l'identité », op. cit.; l'auteur souligne que « C'est une leçon de l'histoire : les identités juridiques peuvent être conçues comme des identités oppressives » (P. 232); voir aussi O. Pfersmann, « Identité descriptive et identité prescriptive », in *L'identité juridique de la personne humaine*, op. cit., p. 43 s.; D. Derousin, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., p. 7 et s.

62 - On peut ainsi aujourd'hui s'interroger sur la pertinence de la mention du sexe à l'état civil (voir P. Guez, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'Homme*, 2015/8; pour une fiction d'un projet de suppression de cette mention, voir T. Hoquet, *Sexus nullus, ou l'égalité*, éd. ixé, 2015) et sur ses implications dans la construction du genre (voir M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », in, S. Hennette-Vauchez et alii (dir.), *La loi et le genre*, op. cit., p. 29). Il faut toutefois préciser que la Cour de cassation a refusé l'indication à l'état civil d'un sexe autre que masculin ou féminin (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-17.189, *AJ Fam.*, 2017.354, note J. Houssier, p. 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse).

63 - Voir aussi les arrêts dans lesquels la Cour examine des licenciements « pour adultère » en tenant compte de l'identité de l'entreprise : J. Gouard, « licenciement pour adultère par un organisme religieux : la consécration des entreprises dites « identitaires » par la CEDH », note sous CEDH, *Obst c/ Allemagne*, 23 sept. 2010, n° 425/03 et *Schüth c/ Allemagne*, 23 sept. 2010, n° 1620/03, *Rev. de droit du travail*, 2011.45.

voir la diversité<sup>64</sup>. Pour la Cour, les identités religieuses et culturelles doivent pouvoir être exprimées et préservées, au nom d'un pluralisme qui serait consubstantiel à la démocratie<sup>65</sup>. À propos des identités religieuses, la Cour considère même qu'il existe un droit d'« essayer de convaincre son prochain »<sup>66</sup>. Ces considérations sont allées jusqu'à conduire la Cour à affirmer, dans l'arrêt *SAS c/ France*, que le voile intégral « est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit »<sup>67</sup>. Ces questions conduisent à celles de la protection des minorités, du communautarisme, de la notion d'assimilation, du prosélytisme et de la laïcité<sup>68</sup>. Ce sont des questions difficiles, éminemment politiques et qui relèvent en principe de l'appréciation des représentants du peuple, dans une société démocratique, chère à la Cour.

Or, si l'on peut observer une certaine retenue de la Cour sur la question de la protection des minorités<sup>69</sup>, la Cour n'a pas fait preuve de la même retenue à propos du voile intégral dans l'espace public. Même si elle n'a pas conclu à une violation de la Convention, on sait que c'est au terme d'un raisonnement tortueux dans lequel les notions d'égalité et de liberté réelles et de laïcité n'ont pas eu les premières places.

Plus largement et pour conclure, il faut aussi rappeler que la revendication de l'identité peut conduire à une démarche identitaire qui n'est pas sans présenter certains dangers en termes de rejet de l'autre, de celui qui n'est pas identique ; rappeler également que l'identité peut conduire à une sorte d'enfermement, en opposition avec les valeurs de liberté et d'égalité.

Mais au fond, s'il fallait terminer par un aveu, on pourrait admettre que ces propos témoignent sans doute d'une éducation et d'une culture baignées par l'universalisme des droits de l'homme, l'individualisme, le féminisme, la laïcité... Tout cela façonne l'identité et peut aussi conduire à une forme d'enfermement. Mais cette « identité universaliste » mérite aussi d'être défendue, sinon plus, au moins autant qu'une autre.

64 - Elle le fait notamment à travers la protection des minorités, sur laquelle un consensus émerge « dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble » (*D.H. et autres c/ République tchèque*, préc., § 181 ; voir déjà *Chapman* préc., § 93 ; voir aussi *Sampanis* préc. § 73).

65 - *Kokkinakis*, préc., § 31 et *SAS c/ France* préc., § 120.

66 - *Kokkinakis*, préc., § 31.

67 - *SAS c/ France*, préc., § 120.

68 - Voir par ex, N. Rouland, « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD civ.*, 1994.287 ; G. Koubi, « Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités », *Rev. trim. dr. Homme*, 1997.407 ; S. Mesure et A. Renaud, 1999, *Alter Ego – Les paradoxes de l'identité démocratique*, Alto Aubier ; A. Fenet (dir.), 2000, *Le droit et les minorités (Analyses et textes)*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd.

69 - Voir not. *Chapman* préc., § 94.

## Le droit à l'identité dans la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne<sup>1</sup>

**Amélie Panet-Marre**

Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand

68

« Il y a peu de concepts juridiques qui soient aussi polysémiques que celui d'identité »<sup>2</sup>. Voilà en effet une délicate entreprise que de chercher à donner une définition claire à l'identité, le mot révélant déjà en lui-même, sans qu'il soit besoin d'y accoler un « droit à », une polysémie paradoxale : « l'identité marque la différence autant que la ressemblance. Telle est, d'entrée de jeu, son ambiguïté »<sup>3</sup>.

La manière *a priori* la plus simple d'aborder la notion d'identité est de le faire par le prisme de la personne. L'identité, qu'on qualifiera alors de civile, correspond à « l'individu vu par le droit »<sup>4</sup>. L'être humain s'identifie dans l'altérité : les éléments que trahit son état civil (son nom, ses prénoms, son sexe, ses liens de filiation ou d'alliance...) sont autant de caractéristiques individuelles qui, combinées entre elles, permettent d'isoler l'individu de la masse, qui assurent sa singularisation. Dans cette acception, l'identité se révèle par l'introspection et par la différenciation entre soi-même et autrui, notamment dans un objectif de police civile, mais pas uniquement. En effet, l'identité recèle une dimension psychologique au-delà de l'identification juridique : elle est plus un sentiment qu'une certitude<sup>5</sup>. La jurisprudence européenne a progressivement introduit la notion de « droit à l'identité »<sup>6</sup>, qui ferait partie du droit au respect de la vie privée et familiale.

Les éléments d'identification considérés sont, en droit international privé, rattachés à la catégorie du statut personnel. Dans son sens le plus ancien, employé par les postglossateurs, le statut personnel correspond à l'ensemble des lois qui suivent les personnes au gré de leurs déplacements. Parce que l'identité des personnes requiert une permanence, dans l'ordre international, le critère de rattachement traditionnel de ces questions est en droit international privé français celui de la nationalité de l'individu<sup>7</sup>. De fait, « outre l'intérêt des personnes à

1 - Contribution rédigée en octobre 2017.

2 - G. Loiseau, 2015, « L'identité... finitude ou infinitude », in B. Mallet-Bricout et T. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 29.

3 - A.-M. Drouin-Hans, 2006, « Identité », *Le Télémaque*, vol. 29, n° 1, 2006, p. 17-26.

4 - G. Loiseau, précit.

5 - D. Gutmann, 2000, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 327.

6 - Voir notamment l'arrêt CEDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c/ Suisse*, req. n° 58757/00, § 37 : « La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée ». Sur le droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH, voir *supra*, contribution d'Amélie Dionisi-Peyrusse, égal. P. Murat, 2015, in B. Mallet-Bricout et T. Favario, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », *op. cit.*, p. 51 et s., spéc. p. 61 et s.

7 - Article 3 alinéa 3 du Code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

cette stabilité, il a paru nécessaire de préserver l'autorité des lois dans un domaine où, pour l'essentiel et traditionnellement, les intéressés ne se sont pas vus reconnaître la disponibilité de leurs droits »<sup>8</sup>. Le rattachement traditionnel à la nationalité n'est donc pas anodin, il traduit une volonté de l'État d'appliquer à ses nationaux les lois qui ont pour objet la personne *en tant que telle*, parce que la nationalité reflète un lien d'allégeance. Cette volonté souveraine de l'État envers l'un des membres qui constituent sa communauté nationale répond à un lien d'appartenance de l'individu à cette dernière.

La communauté nationale, qui dépasse la somme des identités individuelles qui la composent, amène à aborder une deuxième dimension de l'identité, qui prendrait non plus pour support l'individu mais la Nation, personnifiée par l'État<sup>9</sup>. L'identité nationale se définirait alors juridiquement grâce à la Constitution de l'État. « Par suite, et en vertu des principes du Droit international public de souveraineté et d'égalité des États, chaque État disposerait d'une identité nationale qui lui serait propre »<sup>10</sup>. Encore faut-il que les éléments objectifs de l'identité nationale soient également présents, comme le sentiment d'appartenance<sup>11</sup>. La notion d'identité nationale paraît toutefois plus relever du discours politique que du droit. Plus encore, comme l'individu se définit par rapport aux autres individus, l'État se définit par rapport aux autres États<sup>12</sup>. À cet échelon également, l'identité se révèle de la confrontation avec l'altérité<sup>13</sup>. Mais la confrontation peut devenir combinaison lorsque les identités nationales décident, malgré leurs diversités, de construire ensemble quelque chose qui dépasse la somme de leurs entités.

« Unis dans la diversité », telle est la devise de l'Union Européenne (UE). Organisation politique *sui generis*, l'Union européenne peut-elle disposer d'une identité propre ? Si l'on observe le Traité sur l'Union Européenne (TUE), on constate que le terme d'identité n'intervient qu'à deux reprises.

La première occurrence du terme identité apparaît dès le préambule du TUE, qui rappelle que les États fondateurs sont résolus à mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune afin de « renforcer l'identité de l'Europe et son indépendance afin de promouvoir la paix, la sécurité et le progrès en Europe et dans le monde ». Puisqu'ils se sont « unis dans la diversité », les États ont su créer une entité qui disposerait de sa propre identité. La citoyenneté européenne, créée par le traité de Maastricht en 1992, visait également à créer un sentiment d'appartenance à l'Union européenne, et donc à renforcer cette identité européenne en construction. La somme des États membres de l'Union européenne transcenderait alors leur simple addi-

8 - B. Audit et L. d'Avout, 2013, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. refondue, Economica, n° 191.

9 - Voir A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, L. Larose, 1896, p. 1 : « L'État est la personnification juridique d'une nation ; c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité qui, naturellement, ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. »

10 - J. Heymann, 2016, « Identité nationale et identité européenne. Regards internationalistes sur une notion parajuridique », in S. Bollée et E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Éditions, tome 72, p. 199 et s.

11 - B. Nabli, 2010, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, p. 210.

12 - Voir A.-M. Thiesse, 2001, *La création des identités nationales*, Seuil, p. 11 et s.

13 - Voir sur ce point P. Berthelet, 2017, « Considérations sur les tensions existant entre les natures sociables et misanthrope des identités constitutionnelles », *RUE*, p. 324.

tion et révélerait une identité de l'Europe tout entière... De la même manière que l'identité nationale se révèle le plus souvent dans la Constitution de l'État<sup>14</sup>, c'est directement le traité sur l'Union qui révèle ce qui se veut être l'identité européenne. L'article 2 du TUE affirme ainsi que : « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». L'identité européenne se définirait alors par ce socle commun de valeurs qui sont communes aux États membres, valeurs universelles, selon la Charte des droits fondamentaux, que les États se doivent de défendre.

Or, ce socle commun ne saurait suffire à définir l'identité européenne, qui apparaît dès lors comme une formule incantatoire... Les valeurs évoquées sont aussi partagées par des États qui n'appartiennent pas à l'Union européenne, en ce qu'elles sont universelles. Ainsi, « elles ne permettent pas de définir la particularité de l'identité européenne, par exemple, par rapport à l'identité nationale suisse, américaine ou canadienne »<sup>15</sup>. Les contours de l'identité européenne sont bien trop flous, et on connaît la crise que traverse aujourd'hui l'Union européenne. Le résultat du référendum sur le Brexit, et plus récemment encore celui portant sur l'indépendance de la Catalogne, nous rappelle brutalement à quel point certains citoyens ne se reconnaissent plus dans cette Europe, qui peine à faire naître en eux un sentiment d'appartenance. Dès lors, on souscrit à l'analyse selon laquelle « deux éléments essentiels à la découverte d'une identité européenne font défaut : d'une part, l'Union européenne n'est pas un État ; d'autre part, il n'existe pas – encore de *demos* européen identifiable *per se* »<sup>16</sup>. Il ne sera donc pas question ici d'opposer l'identité européenne à l'identité d'un individu ni à l'identité d'un État.

En revanche, on constate à la lecture l'article 2 TUE que l'Union est fondée notamment sur le « respect des droits de l'homme ». De l'inclusion du droit à l'identité dans le droit au respect de la vie privée, lequel est protégé tant par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Convention EDH) que par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux, on peut déduire que l'Union européenne a notamment pour objectif de défendre le droit à l'identité de l'individu. Voilà une première façon d'aborder le droit à l'identité dans la jurisprudence européenne : sous l'angle de la protection de l'identité de l'individu, laquelle fait partie des fondations de l'UE.

La seconde occurrence du terme identité dans le droit originaire apparaît à l'article 4.2 du TUE, qui rappelle que « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »<sup>17</sup>. Pour faire à nouveau écho à la devise de l'Union, c'est bien de diversité qu'il s'agit ici. Les États membres

14 - J. Heymann, 2016, « Identité nationale et identité européenne. Regards internationalistes sur une notion juridique », in S. Bollée et E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit., p. 199 et s., n° 4.

15 - S. Corneloup, 2016, « Identité nationale et identité européenne », in S. Bollée et E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, IRJS Éditions, tome 72, p. 175 et s.

16 - *Ibid.*

17 - Sur cette disposition, voir notamment F.-X. Millet, 2013, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, LGDJ.

de l'Union européenne ne constitueraient pas un « bloc monolithique »<sup>18</sup>, ils disposeraient chacun d'une *identité* qui leur serait propre, malgré la communauté culturelle et historique qui constitue le terreau de l'Union européenne.

Les deux occurrences de l'identité dans le droit originaire sont donc en faveur des identités individuelles tant que nationales. Il convient alors d'envisager de quelle manière ces identités sont abordées et articulées entre elles dans la jurisprudence de la Cour de justice. L'étude de la jurisprudence permet de révéler que si la Cour de justice ne défend le droit à l'identité de l'individu, ce n'est que pour assurer l'effectivité de la liberté de circulation (I), tout en cherchant à garantir la protection de l'identité des États (II).

### I. LE DROIT À L'IDENTITÉ DES INDIVIDUS PROTÉGÉ PAR LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Que l'identité, instrument de police civile, soit devenu un objet de revendication n'étonne aujourd'hui plus grand monde, puisque « les individus se sont emparés de leur identité civile et souhaitent une meilleure adéquation entre les situations vécues et le droit »<sup>19</sup>. En revanche, il est plus surprenant que l'action de l'Union européenne dans le domaine de l'identité « individuelle » s'explique par le développement d'une « nouvelle forme d'appartenance »<sup>20</sup>.

Le traité de Maastricht, en 1992, a créé la citoyenneté européenne<sup>21</sup>, au contenu essentiellement politique, et qui visait notamment à créer un sentiment d'appartenance à une entité supra nationale, à un peuple européen. Le fait que la citoyenneté européenne dépende uniquement de la nationalité de l'un des États membres<sup>22</sup>, à laquelle elle s'ajoute sans la remplacer, s'explique par une volonté de ne pas « brouiller les pistes des appartenances »<sup>23</sup>. Pourtant, il faut admettre que c'est précisément ce statut de citoyen de l'Union, en ce qu'il est vecteur de droits subjectifs, et particulièrement de la liberté de circulation, qui permet de revendiquer son identité individuelle contre un État membre<sup>24</sup>. Du point de vue des États membres, il y a désormais une catégorie « intermédiaire » entre le national et l'étranger : le citoyen

18 - B. Nabli, 2012, « L'identité (constitutionnelle) nationale : limite à l'Union européenne ? », *RUE*, p. 210.

19 - P. Murat, 2015, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in B. Mallet-Bricout et T. Favario, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 51 et s.

20 - H. Fulchiron, 2010, « La nationalité française, entre identité et appartenance », *Dalloz*, p. 1915 et s., spéc., p. 1916.

21 - Sur le statut de citoyen de l'Union, voir parmi l'abondante littérature A. Iliopoulou, 2007, *Libre circulation et non-discrimination, élément du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne ; M. Benlolo Carabot, 2007, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant ; B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochefeld (dir.), 2011, *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, coll. Trans. Europe Expert.

22 - Article 8 du traité de Maastricht : « est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ».

23 - F. Chaltiel, 2010, « Qu'est-ce qu'un citoyen européen ? », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, p. 175 et s.

24 - Une première pierre avait déjà été posée avec l'arrêt CJCE, 30 mars 1993, aff. C-168/91, *Konstantinidis*. Un ressortissant grec se plaignait que la République fédérale d'Allemagne, où il exerçait sa profession, avait mal transcrit son nom. La Cour de justice avait affirmé à cette occasion que la liberté d'établissement s'opposait à ce « qu'un ressortissant hellénique se voit obligé, par la législation nationale applicable, d'utiliser dans l'exercice de sa profession une graphie de son nom telle que la prononciation s'en trouve dénaturée et que la déformation qui en résulte l'expose au risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle possible ». Sur l'analyse de cet arrêt, voir M. Scherer, 2004, *Le nom en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, tome 420, LGDJ, n° 362 et s.

européen<sup>25</sup>, qui peut désormais revendiquer son droit à l'identité, y compris contre l'État dont il est ressortissant, celui-là même qui lui a conféré le statut de citoyen de l'Union.

La citoyenneté européenne a dépassé le cadre initialement politique pour devenir un statut à part entière<sup>26</sup>, « le statut fondamental »<sup>27</sup> des ressortissants des États membres, dont ils peuvent se prévaloir, et auquel est notamment rattachée la liberté de circulation<sup>28</sup>. L'Union européenne ne se contente pas simplement de permettre la libre circulation, des marchandises, des travailleurs, des capitaux. Elle pousse et favorise aujourd'hui la mobilité internationale des personnes, puisque c'est un facteur indéniable de réalisation du marché commun. Or, de cette mobilité internationale résulte la coexistence d'identités multiples sur un même territoire qui « implique à plus ou moins long terme une hybridation des cultures »<sup>29</sup> mais qui, à court terme, invite à déterminer dans quelle mesure l'État est contraint de reconnaître une identité qu'il n'a pas contribué à définir. Le statut personnel en droit international privé, qui reflète l'identité de l'individu, requiert de la permanence et de la stabilité, et c'est une des raisons qui explique son rattachement traditionnel à la loi de la nationalité de l'individu. Au-delà de l'intérêt de l'État à voir appliquer à son ressortissant sa propre loi dans le domaine fortement empreint d'impérativité de l'état civil, le rattachement à la nationalité est une manière *abstraite* de répondre au besoin de permanence. Or, ce besoin de permanence et de stabilité s'est transfiguré avec le développement spectaculaire de la liberté de circulation, ce qui invite à organiser la manière dont le statut personnel, individuel et familial, objet naturel de protection des droits fondamentaux et attribut du citoyen européen, peut franchir les frontières.

Il ressort d'une analyse de décisions de la Cour de justice que l'individu dispose désormais d'un pouvoir de volonté dans la détermination de son identité (A), mais également d'une protection contre l'absence de reconnaissance de son identité (B).

### A. La volonté dans la détermination de l'identité

Dans l'affaire *Garcia-Avello*<sup>30</sup>, il était question de la détermination du nom d'enfants nés en Belgique d'un couple marié résidant en Belgique. Carlos Garcia-Avello, ressortissant espagnol, avait épousé en 1986 Isabelle Weber, de nationalité belge. Leurs deux enfants étaient

25 - Voir F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S. Barbou des Places, 2015, *Droit de la nationalité et des étrangers*, PUF, n° 264.

26 - Voir sur la question notamment E. Pataut, 2010, « Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes – de la construction d'un marché à l'élaboration d'un statut », in S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, p. 147 et s.

27 - Selon la formule désormais classique de la Cour, employé pour la première fois dans l'arrêt CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*.

28 - Voir parmi l'abondante littérature P. Dollat, 1998, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruylant.

29 - S. Corneloup, 2016, « Identité nationale et identité européenne », in S. Bollée et E. Pataut, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, op. cit., p. 175 et s. Voir aussi S. Hall, 2009, « Une perspective européenne sur l'hybridation : éléments de réflexions », in B. Ollivier (dir.), *Les identités collectives à l'heure de la mondialisation*, CNRS Éditions, p. 29 et s.

30 - CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia Avello*; *AJDA*, 2004, p. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert; *D*, 2004, p. 1476, note M. Audit; *Europe*, 2003, comm. 374, note Y. Gauthier; RCDIP, 2004, p. 184, note P. Lagarde; *RTD Civ.*, 2004, p. 62, obs. J. Hauser; *RTD EUR*, 2004, p. 559, note A. Iliopoulou; *JDI*, 2004, p. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto. Voir aussi F. Monéger, 2008, « Actualité du nom de famille en droit international privé », TCFDIP, 2004-2006, Pédone, p. 111.

nés respectivement en 1988 et 1992 et possédaient la double nationalité espagnole et belge. Le droit belge prévoyait, à l'instar de nombreux autres États membres, qu'en cas de conflit de systèmes juridiques sur la détermination du nom, celui-ci est régi par la loi nationale de l'intéressé, en tant que loi régissant le statut personnel. Cette solution est par ailleurs conforme à l'article 1 de la Convention de Munich sur la loi applicable aux noms et prénoms<sup>31</sup>. En cas de conflit de nationalités, dont l'une est la nationalité belge, le droit belge la fait prévaloir, ce qui est conforme à la solution prévue par l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930. La législation belge en matière de nom, contenue à l'article 335 du Code civil, prévoit que l'enfant dont les filiations paternelle et maternelle sont établies porte le nom de son père. À l'inverse, le Code civil espagnol prévoit aux articles 108 et suivants que chaque enfant né d'un couple marié porte un nom de famille double, composé du premier élément du nom du père suivi du premier élément du nom de la mère. En ce qui concerne le changement de nom, il est autorisé en Belgique à titre exceptionnel, lorsque des motifs sérieux justifient le changement (par exemple, le nom actuel est ridicule, ou complique l'intégration du porteur du fait de sa consonance étrangère). En Espagne également, la demande de changement de nom doit être justifiée. Dans les deux États, la faculté de changer de nom est réservée aux seuls ressortissants de l'État en question. Les enfants du couple étaient désignés par leurs certificats de naissance belges sous le nom de Garcia-Avello, conformément au droit belge. Ils ont en revanche été enregistrés à la section consulaire de l'ambassade espagnole à Bruxelles sous le nom de Garcia-Weber, conformément à la pratique espagnole. En 1995, les parents demandent aux autorités belges la modification du nom des enfants, pour que ceux-ci s'appellent désormais Garcia-Weber, selon la tradition espagnole, afin qu'ils portent un nom identique en Espagne et en Belgique. Le ministère de la Justice belge dénie la possibilité d'adjoindre le nom de la mère, car cela ne correspond pas à la pratique belge, mais il propose aux parents de simplifier le nom des enfants en Garcia, ce qu'ils refusent. Monsieur Garcia-Avello conteste alors le refus du ministère devant le Conseil d'État belge. La Cour de justice, saisie à titre préjudicielle, affirme alors que la citoyenneté européenne est le statut fondamental des ressortissants d'États membres, et que les règles régissant le nom des personnes, si elles relèvent de la compétence des États membres, doivent s'exercer dans le respect de la liberté de circulation. Elle estime que la liberté de circulation et l'interdiction des discriminations s'opposent à ce que l'autorité administrative d'un État refuse la demande de changement de nom d'enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit et d'un autre État membre alors que cette demande a pour objet que ces enfants portent le nom qui leur aurait été attribué en vertu de la loi nationale et de la tradition du second État membre. L'essentiel de l'argumentation repose sur l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité : un Hispano-Belge ne doit pas être traité en Belgique comme un national belge, car il n'est pas dans une situation identique du fait de sa binationalité.

Il faut admettre que la nationalité, au-delà d'être un facteur de rattachement de la catégorie du statut personnel, est également un élément de cette catégorie, en ce qu'elle est « un élément d'individualisation de la personne au même titre que son état civil »<sup>32</sup>. Élément d'iden-

31 - Convention CIEC n° 19, signée à Munich le 5 septembre 1980. Article 1 : « les noms et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'État dont elle est ressortissante. À ce seul effet, les situations dont dépendent les noms et prénoms sont appréciées selon la loi de cet État ».

32 - Rapport de P. Mazeaud au nom de la commission des lois, tendant à réformer le droit de la nationalité, n° 361, déposé le 22 juin 1993 à l'Assemblée nationale. Voir également J. Foyer, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi,



tification partagée par toute la communauté nationale, elle permet de faire la distinction entre le national et l'étranger. Par conséquent, la nationalité *contribue à définir* l'identité d'une personne en tant qu'élément de l'état des personnes, en même temps qu'elle *commande la définition* de l'identité en entraînant l'application d'une loi déterminée à l'établissement d'autres éléments de l'identité de la personne, tels que dans l'affaire Garcia-Avello, le nom. La double nationalité peut alors s'entendre comme une forme de « double identité », entre l'identité espagnole, et l'identité belge<sup>33</sup>. Avec ce prisme de réflexion, la solution de la Cour peut être lue ainsi : l'identité *européenne* (la qualité de citoyen de l'Union à laquelle est attachée la liberté de circulation) des enfants Garcia-Avello leur permet de *choisir* laquelle de leur *identité espagnole ou belge* ils entendent revendiquer pour définir leur nom, élément de leur *identité individuelle*. Parce que la Cour censure le principe de la primauté de la nationalité du for ou de la nationalité la plus effective, et adopte une approche fonctionnelle<sup>34</sup> sans pour autant donner de directives autres pour la résolution des conflits de nationalités, il semblerait que la solution réside désormais dans l'autonomie de la volonté des intéressés. De fait, « si la remise en cause du principe de primauté semble légitime au regard de la construction européenne, elle implique corrélativement l'identification d'une alternative à ce principe »<sup>35</sup>. La Cour de justice a donné, avec l'arrêt *Garcia-Avello*, le pouvoir aux individus de choisir l'identité qu'ils entendaient revendiquer pour contribuer à la détermination d'autres éléments identificatoires. Finalement, « en laissant à la personne la possibilité d'un choix, on ne lui impose pas un régime juridique sur le fondement d'une identité supposée ("communautarisme forcé"), mais on lui permet, au contraire, d'exprimer son véritable sentiment d'identité »<sup>36</sup>.

Une fois l'identité déterminée, la Cour de justice cherche ensuite à en garantir la stabilité, afin d'assurer une liberté de circulation sans entrave au profit du citoyen européen.

## B. Le droit à la stabilité de l'identité de l'individu

Rendu en 2008, l'arrêt *Grunkin-Paul*, lu sous l'angle du droit à l'identité, paraît encore plus éclairant. Léonard Grunkin-Paul est un enfant de nationalité allemande *jure sanguinis*, né et résidant sur le sol danois. Ses parents l'ont enregistré à l'état civil du Danemark sous le nom de Grunkin-Paul, double nom composé du nom de son père et du nom de sa mère.

En effet, le droit international privé danois prévoit qu'est applicable à la détermination du nom la loi de la résidence habituelle de la personne. Le mécanisme conflictuel danois conduit donc en l'espèce à la désignation de la loi matérielle danoise, laquelle autorise les parents qui déclarent la naissance d'un enfant à lui transmettre un double nom, en accolant le nom du père et de la mère.

---

adopté par le Sénat, complétant et modifiant le Code de la nationalité française et relatif à certaines dispositions concernant la nationalité française », Doc. Ass. Nat. 1<sup>ère</sup> session ordinaire, 1972-1973, n° 2545, p. 4 ; et F. Terré, 1975, « Réflexions sur la notion de nationalité », *RCDIP*, p. 197 et s., spéc. p. 202.

33 - On relèvera avec le professeur Corneloup qu'« un consensus semble exister sur le fait que toute personne possède une pluralité d'identités », (S. Corneloup, 2016, « Identité nationale et identité européenne », in S. Bollée et E. Pataut, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 175.

34 - Voir P. Lagarde, *RCDIP*, 2004, p. 196, et plus généralement, P. Lagarde, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités », *RCDIP*, 1988, p. 29.

35 - M. Audit, « Principe de non-discrimination et transmission du nom de famille en Europe », *Dalloz*, 2004, p. 1476.

36 - S. Corneloup, 2016, « Identité nationale et identité européenne », *op. cit.*, p. 190. Voir également D. Gutmann, *Le sentiment d'identité*, *op. cit.*, et plus généralement, J.-Y. Carlier, 1992, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruylant.

Les services de l'état civil allemand ont refusé d'enregistrer le nom de l'enfant tel qu'il lui avait été donné au Danemark. En effet, le droit international privé allemand prévoit qu'est applicable à la détermination du nom la loi de l'État dont la personne a la nationalité, donc en l'espèce, la loi allemande. En outre, le droit interne allemand interdit le port du double nom et oblige les parents à choisir le nom de l'un d'eux pour leur enfant. L'affaire est portée devant la Cour de justice, et c'est à l'aune de la protection de la liberté de circulation que l'identité de l'enfant va être protégée par la Cour de justice. Selon la juridiction européenne, si l'enfant se voyait délivrer des documents administratifs mentionnant des noms différents en Allemagne et au Danemark, cela conduirait à de « sérieux inconvénients », puisqu'il faudrait, à chaque franchissement de frontière, dissiper des doutes quant à l'identité de l'enfant. Par suite, la divergence de nom constitue une entrave à la liberté de circulation, qu'il est nécessaire d'éviter en reconnaissant en Allemagne, État dont l'enfant est ressortissant, le nom tel qu'il a été enregistré au Danemark, État de résidence de l'enfant.

En définitive, plus que l'identité en tant que national allemand, c'est l'identité « européenne » de l'enfant qui est protégée : son statut de citoyen de l'Union européenne, et la liberté de circulation qui y est attachée, justifie que l'on donne finalement l'avantage au premier État de l'Union européenne qui se prononce sur « l'identité » de l'enfant, en l'occurrence en enregistrant son nom sur ses registres d'état civil. Ainsi sont assurées la permanence et la stabilité de l'identité, non pas *abstraitement*, mais d'une façon concrète. On voit bien que la méthode traditionnelle du droit international privé<sup>37</sup>, qui consiste à vérifier la loi appliquée à la création de la situation, ici la détermination du nom, est impropre à assurer la stabilité du statut personnel de l'enfant Grunkin-Paul. De fait, si l'Allemagne, considérant que la question de la détermination du nom répond à la loi nationale donc allemande, refuse de reconnaître le nom enregistré au Danemark, rien n'oblige non plus le Danemark à renoncer à sa règle de conflit de lois, et conséquemment, à son droit interne, pour le nom d'un enfant né sur son territoire.

Le symbole est même fort : ce que l'on demande en définitive à l'Allemagne, c'est de renoncer à sa volonté de déterminer elle-même le nom de l'un de ses ressortissants, puisque cette question a déjà été « traitée » par un autre État membre de l'Union européenne. Plus avant, on peut relever la contradiction intrinsèque du procédé : il est surprenant que l'on puisse « invoquer le bénéfice de la citoyenneté européenne procurée par un État membre de nationalité pour répudier le statut civil impératif que cet État veut imposer à ses ressortissants personnes physiques »<sup>38</sup>. Le statut intermédiaire de « citoyen de l'Union » brouille en quelque sorte l'identité dans son versant « appartenance à une communauté nationale » pour protéger l'identité de l'individu contre l'État qui devrait appliquer sa loi à la détermination d'éléments qui compose cette identité.

Certes, ce n'est pas réellement l'identité de la personne qui est protégée directement par la Cour de justice, mais la liberté de circulation, laquelle serait entravée s'il s'avérait nécessaire de dissiper des doutes quant à l'identité d'une personne. Dès lors, la reconnaissance

37 - Il ne faut toutefois pas se montrer trop catégorique et considérer que la méthode de la reconnaissance s'oppose à la méthode du conflit de lois ou qu'elle tend à la remplacer... Comme l'a démontré Pierre Mayer, on peut concevoir que la logique de reconnaissance transcende toutes les méthodes du droit international privé : il y aurait donc plusieurs méthodes de reconnaissance, voir notamment P. Mayer, 2013, « La reconnaissance : notions et méthodes », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, p. 27 et s.

38 - L. d'Avout, commentaire sous l'arrêt *Grunkin-Paul*, *JDI*, 2009, n° 1, p. 7.

« constitue un instrument pour garantir le traitement national et pour réaliser le marché intérieur en éliminant les obstacles à la liberté de circulation »<sup>39</sup>.

Mais puisque « l'identité civile est un accessoire nécessaire à l'existence juridique des personnes en tant qu'acteurs de la vie sociale et économique »<sup>40</sup>, elle bénéficie bien d'une protection « par transparence », au moyen de la liberté de circulation.

Parce que l'intégrité du nom contribue à la protection effective de la liberté de circulation, la Cour de justice estime qu'il est nécessaire que l'État allemand abdique sa règle de conflit au profit de la reconnaissance d'une identité qui a déjà valablement été consacré au sein d'un autre État membre. C'est dire l'importance cruciale que revêt la liberté de circulation au sein de l'Union européenne... mais alors, existe-t-il quelque chose d'assez puissant pour y faire échec ?

## II. L'IDENTITÉ DES ÉTATS COMME REMPART À LA LIBRE CIRCULATION

Dans l'arrêt *Grunkin Paul*, la Cour précise « qu'aucune raison spécifique susceptible de s'opposer à la reconnaissance du nom patronymique de l'enfant, comme le fait que ce nom soit en Allemagne, contraire à l'ordre public, n'a été évoquée devant la Cour »<sup>41</sup>. Le jalon était ainsi posé pour affirmer, dans les années 2010, que l'ordre public, et plus précisément, la protection de l'identité des États, était susceptible de faire échec à ce principe de reconnaissance de l'identité des personnes. Toute entrave à la liberté de circulation n'est donc pas fermement et définitivement exclue, et il appert que l'identité nationale peut s'opposer à la reconnaissance de l'identité de l'individu. La méthode est alors proche de celle employée par la Cour européenne des droits de l'Homme, à laquelle la Cour de justice de l'Union européenne fait d'ailleurs volontiers référence dans ses argumentations. Par conséquent, il faut en premier lieu déterminer s'il existe une entrave à la liberté de circulation. Dans l'affirmative, il reste à vérifier si elle ne saurait être justifiée par un motif légitime, et que la mesure employée est proportionnée à l'objectif. Or, il apparaît que l'identité nationale de l'État apparaît non seulement au stade de la détermination du but légitime, à travers la notion d'ordre public (A), mais également au stade de la mise en balance des intérêts en présence afin de déterminer la proportionnalité (B).

### A. L'ordre public comme composante de l'identité des États

En 2010, la Cour de justice est à nouveau amenée à se prononcer sur la reconnaissance d'un élément de l'identité, telle qu'il a été déterminé et enregistré dans un État membre dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*<sup>42</sup>. Une ressortissante autrichienne résidant en Allemagne avait fait l'objet d'une adoption par un ressortissant allemand et avait, de ce fait, été autorisée à porter

39 - Voir S. Bariatti, 2013, « Reconnaissance et droit de l'Union européenne », in P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, p. 61 et s.

40 - G. Loiseau, 2015, « L'identité... finitude ou infinitude », in B. Mallet-Bricout et T. Favario, *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 29.

41 - *Grunkin-Paul*, § 38.

42 - CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* ; *AJDA*, 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RTD Civ.*, 2011, p. 98, obs. J. Hauser ; *Europe*, 2011, comm. 40, obs. D. Simon, *JDI*, 2011, p. 639, note J. Heymann ; *JCP*, 2011, p. 111, obs. F. Picod ; *JDE*, 2011, n° 178, p. 100-101, note E. Cusas. ; *Constitutions*, 2011, p. 332, obs. A. Levade.

un titre nobiliaire de comtesse, « Furstin von Sayn Wittgenstein », titre qui avait été porté sur son état civil autrichien. Quinze ans plus tard, les autorités de l'état civil autrichien ont entendu corriger le nom de famille de l'intéressée pour en supprimer le titre nobiliaire, en raison de la prohibition, par la Constitution autrichienne, du port de titre de noblesse. Le nom de l'intéressée a alors été changé en « Sayn-Wittgenstein ». Dans son litige qui l'oppose à l'administration autrichienne, la comtesse fait valoir l'entrave à sa liberté de circulation, du fait de la divergence de son état civil allemand et autrichien. La Cour commence par rappeler que le nom, en tant qu'élément de l'identité de la personne, est protégé tant par la Charte des droits fondamentaux que par la CEDH et, qu'effectivement, le refus de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom patronymique d'un ressortissant national, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre dans lequel réside ledit ressortissant, constitue une restriction à la liberté de circulation. Il existe donc bien une entrave à la liberté de circulation par l'absence de reconnaissance de l'identité de la personne. S'engouffrant ensuite dans la brèche ouverte par l'arrêt *Grunkin Paul*, la Cour affirme qu'« une entrave à la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »<sup>43</sup>. De fait, elle s'arroge un pouvoir de contrôle sur l'ordre public, reconnaissant toutefois que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État à l'autre et d'une époque à l'autre »<sup>44</sup>. Elle reconnaît le caractère contingent de la notion d'ordre public. Plus encore, et c'est là l'apport majeur de l'arrêt, elle constate ensuite que « dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnues par le droit de l'Union ». Autrement dit, le droit à l'intégrité du nom, que sous-tend la liberté de circulation dont bénéficie l'individu, peut céder face à un élément de l'identité nationale, lorsque la protection de cette dernière peut constituer un but légitime. Face à l'identité des personnes, protégée par le prisme de la liberté de circulation, les États peuvent donc opposer le respect de leur identité nationale, notamment lorsqu'un élément d'identité de la personne est en contradiction avec une disposition d'ordre constitutionnelle de l'État concerné. En réalité, la Cour de justice assimile dans cet arrêt l'identité nationale telle qu'elle est définie par l'article 4§2 du Traité à l'exception d'ordre public<sup>45</sup>. L'ordre public serait donc l'outil que le droit international privé met à la disposition des États membres pour assurer la protection de leur identité nationale. La doctrine internationaliste a pu évoquer à propos de l'affaire Sayn-Wittgenstein un « conflit de droits » : on a, d'un côté, le droit d'une citoyenne de l'Union européenne à la reconnaissance de sa nouvelle identité suite à son adoption et, d'autre part, le droit d'un État membre au respect d'un élément de son identité nationale, à savoir l'abolition de la noblesse. Identité contre identité, c'est finalement l'identité de l'État qui l'emporte dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, puisque la Cour considère que le caractère constitutionnel de la prohibition des titres nobiliaires, en ce qu'elle révèle l'identité nationale, permettait de faire valablement échec à la reconnaissance du nom de l'individu par les autorités autrichiennes, l'atteinte portée à la libre circulation des personnes étant justifiée.

43 - *Sayn Wittgenstein*, § 81.

44 - *Sayn Wittgenstein*, § 87. Sur la relativité de l'ordre public, voir L. Gannagé, 2009, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, Pédone, p. 238.

45 - Voir en ce sens S. Platon, « Le respect de l'identité nationale des États membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? », *RUE*, 2012, p. 150.

Dès l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, la Cour invite à faire une « balance des intérêts » lors de tel conflit entre l'identité revendiquée par l'individu et l'identité nationale. La méthode sera affinée par les décisions ultérieures.

### B. La balance des intérêts : l'identité de l'État face à l'identité de l'individu

Très révélatrice est l'affaire *Runevic Wardyn*<sup>46</sup>, jugée en 2011 par la Cour de justice. Un couple lituano-polonais rencontrait des difficultés relatives à leurs noms tels qu'enregistrés dans les registres lituaniens et polonais. Les deux États utilisent dans leur langue nationale le même alphabet latin, mais leurs règles de graphies sont distinctes, ce qui conduit à orthographier de façon différente le nom des intéressés dans chacun des pays concernés. Le couple a voulu imposer aux registres lituaniens de reconnaître la graphie utilisée en Pologne pour assurer l'unité de leurs noms d'un État à l'autre. La Cour affirme que la différence d'orthographe des noms d'un État à l'autre n'est pas de nature à faire naître des doutes sur l'identité de la personne. Partant, aucune entrave à la liberté de circulation n'est constituée par le refus des autorités lituaniennes de se conformer à la graphie polonaise. Donc, à défaut de pouvoir établir une entrave à la liberté de circulation, l'individu ne peut faire valoir son droit à l'identité. Mais, et c'est là tout l'intérêt de cet arrêt, la Cour fait ici un effort pédagogique certain : elle précise que dans l'hypothèse où une telle violation serait retenue, il faudrait alors vérifier que la restriction à la liberté de circulation poursuit un but légitime et est proportionnée. Elle fixe ainsi la méthode déjà employée dans l'affaire *Sayn Wittgenstein* et l'affine.

Le gouvernement lituanien soulignait dans la procédure que « la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation »<sup>47</sup>, et la Cour en prend acte en rappelant que « conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle de l'État »<sup>48</sup>. La Cour relève que l'objectif de défense de la langue nationale poursuivi par la Lituanie constituerait bien un objectif légitime, susceptible de justifier des restrictions au droit de libre circulation et de séjour. Or, la langue lituanienne constitue une « valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation », et il s'agit donc de mettre en balance « d'une part, le droit des requérants au principal au respect de leur vie privée et familiale ainsi que, d'autre part, la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions », autrement dit, de son identité.

Les affaires *Sayn Wittgenstein* et *Runevic Wardyn* sont également des occasions pour la Cour de justice d'amener comme justifications à la protection du nom, non plus seulement la nécessité d'assurer une liberté de circulation sans entrave mais, plus symboliquement, un droit à l'identité en tant qu'élément de la vie privée. On a ainsi pu relever qu'« en procédant à la pesée des différents éléments, en effet, la Cour procède nécessairement à la définition même de ce qu'il convient de considérer comme relevant du statut du citoyen au sens de l'article 20 du traité. Or, dans l'un et l'autre des arrêts, elle montre qu'elle entend inclure dans ce statut fondamental du citoyen européen certains "droits fondamentaux", au sens technique du

46 - CJUE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevic-Vardyn*, *AJ Fam.*, 2011, p. 332, obs. A. Avena-Robardet ; *RTD Civ.*, 2011, p. 507, obs. J. Hauser ; *Europe*, 2011, p. 238, obs. D. Simon.

47 - *Runevic-Vardyn*, § 84.

48 - *Runevic-Vardyn*, § 86.

terme, et notamment le droit à l'identité et la vie privée et familiale garantie par les articles 7 de la Charte et 8 de la Convention européenne »<sup>49</sup>.

Plus avant, si dans l'affaire *Sayn Wittgenstein*, la Cour, quoique favorable dans sa solution à l'État autrichien, n'en est pas moins frileuse dans sa motivation : elle ne mentionne pas explicitement « l'identité nationale autrichienne » mais, au contraire, elle insiste sur l'objectif de préserver le principe d'égalité poursuivi par la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'objectif constitutionnel fondamental. Dans l'affaire *Runevic Wardyn*, cette fois, le recours au concept d'identité nationale est plus assumé.

Les deux « plateaux » de la balance des intérêts sont donc bien mis en valeur : on a, d'un côté, le droit à l'identité des individus et, d'un autre, le droit à l'identité des États.

La Cour de justice a encore illustré la méthode de la balance des intérêts avec l'arrêt *Bogendorff*<sup>50</sup>, qui concernait un ressortissant allemand ayant acquis au cours d'un séjour prolongé au Royaume-Uni la nationalité britannique, et obtenu le changement de ses noms et prénoms par la procédure du *deed poll*. Il entendait que son nouveau nom, Peter Mark Emmanuel Graf von Wolfersdorff Freiherr von Bogendorff, soit reconnu par les autorités allemandes, lesquelles refusent en raison des titres nobiliaires que comportait le nouveau nom. Là encore, l'existence d'une entrave à la liberté de circulation du citoyen européen est au cœur du raisonnement. L'inconvénient concernant les « doutes quant à l'identité » s'accompagne cette fois-ci d'un second : le requérant, en sa qualité de père, ne portait pas le même nom que son enfant en Allemagne, enfant pour lequel la reconnaissance du nom n'avait curieusement pas posé de difficulté, suite à une position assez souple des services de l'état civil allemand. L'absence d'identité de nom entre le père et sa fille pourrait avoir pour cause de causer des doutes quant à la preuve de la filiation de l'enfant et donc, indirectement, pourrait constituer une atteinte à la vie familiale, bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans l'arrêt<sup>51</sup>. L'arrêt posait une série de questions passionnantes : puisque l'intéressé avait acquis, en sus de sa nationalité allemande, la nationalité britannique, l'affaire pouvait être envisagée sous l'angle du conflit positif de nationalités. En outre, dans la mesure où l'intéressé n'avait manifestement plus vocation à entretenir des liens avec le Royaume-Uni, incitait à réfléchir sur la nécessité ou non d'un lien de rattachement avec l'État de création de la situation (ici, du changement de nom). Enfin, se posait la question de savoir si le caractère purement volontaire du changement de nom avait une incidence sur la justification de l'entrave à la liberté de circulation que constitue l'absence de reconnaissance.

La Cour reconnaît en premier lieu qu'une entrave à la liberté de circulation est effectivement présente dès lors qu'un État membre refuse de reconnaître les prénoms et le nom d'un ressortissant, mais encore faut-il, selon la méthode désormais consacrée, vérifier qu'elle n'est pas légitimée par des considérations objectives.

49 - E. Pataut, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTD Eur.*, 2011, p. 571.

50 - CJUE, 2 juin 2016, aff. C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, *AJ Fam.*, 2016, p. 392, obs. M. Saulier ; *RTD Civ.*, 2016, p. 820, obs. J. Hauser, *RTD Eur.*, 2016, p. 648, obs. E. Pataut.

51 - Voir en ce sens M. Saulier, *AJ Fam.*, 2016, p. 392.

La Cour réfute que le caractère volontaire du changement de nom puisse constituer en lui-même une justification à l'entrave à la liberté de circulation. Elle fait donc prévaloir le « libéralisme le plus large »<sup>52</sup>, s'appuyant sur la jurisprudence de la CEDH<sup>53</sup>. Les juges du Luxembourg montrent ainsi une fois de plus la volonté d'inclure dans le statut fondamental du citoyen européen les droits fondamentaux, notamment le droit à l'identité et la vie privée et familiale.

Parmi les justifications avancées par l'Allemagne, la Cour ne retient que la volonté de l'État inscrite dans sa constitution d'assurer l'égalité des citoyens en refusant de créer de nouveaux titres nobiliaires. En effet la Cour considère que cela peut être perçu comme un motif d'ordre public à même de justifier une entrave à la liberté de circulation. Reste alors à en vérifier la proportionnalité et, pour cela, la Cour invite la juridiction de renvoi à vérifier le caractère proportionné de l'atteinte, en mettant dans la balance l'existence d'une double nationalité et le fait que la fille du requérant porte déjà sur les registres de l'état civil allemand le nom que l'on lui refuse. La solution peut paraître « un peu décevante »<sup>54</sup>, l'arrêt n'étant qu'une « pure et simple confirmation de la jurisprudence précédente »<sup>55</sup>, il faut reconnaître que la réponse est pourtant « nettement moins tranchée »<sup>56</sup> et semble permettre de laisser plus d'espace à l'identité constitutionnelle des États.

En guise de conclusion, un dernier arrêt<sup>57</sup> mérite mention, ici, en ce qu'il répond aux questions que l'arrêt *Bogendorff* avait laissées en suspens, et plus généralement donne à la méthode de la reconnaissance une place plus précise dans le droit international privé de l'Union.

Un enfant roumain du nom de Pavel a été adopté par le second mari de sa mère, de nationalité allemande. Cette adoption a eu pour effet de lui conférer la nationalité allemande, et le nom de Freitag. Devenu adulte, l'intéressé, résidant habituellement en Allemagne, demande à reprendre son nom d'origine aux autorités roumaines, qui le lui accorde. Il s'adresse alors aux autorités allemandes, en présentant son nouveau passeport roumain établi au nom de Pavel, pour que son changement de nom soit inscrit dans les registres de l'état civil allemand. Depuis l'arrêt *Grunkin-Paul*, l'Allemagne a modifié son droit international privé en matière de nom, pour tenter de répondre aux exigences de la liberté de circulation. L'article 48 EGBGB prévoit ainsi que « si le droit allemand s'applique au nom d'une personne, celle-ci peut choisir, par déclaration au bureau de l'état civil, le nom acquis au titre d'un séjour habituel dans un autre État membre de l'Union et inscrit au registre de l'état civil, pour autant que des principes essentiels du droit allemand ne s'y opposent pas de manière manifeste ».

52 - E. Pataut, « Et le statut personnel ? », *RTD Eur.*, 2016, p. 648. La Cour s'appuie même au point 57 sur l'arrêt *Centros*, rendu en matière de sociétés, *CJCE*, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*, *AJDA* 1999, p. 798, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *Dalloz*, 1999, p. 550, note M. Menjucq ; *RCDIP*, 2003, p. 373, étude T. Ballarino ; *RTD Com.*, 2000, p. 224, obs. G. Jazottes ; *RTD Eur.*, 1999, p. 729, chron. J.-G. Huglo ; *Rev. Sociétés*, 1999, p. 386, note G. Parleani ; *Dr. Social*, 2003, p. 859, chron. S. Van Raepenbusch.

53 - *Bogendorff von Wolfersdorff*, § 55.

54 - E. Pataut, « Et le statut personnel ? », *RTD Eur.*, 2016, p. 648.

55 - *Ibid.*

56 - M. Saulier, « Nom de famille : le principe d'égalité des citoyens devant la loi peut justifier une restriction au droit de libre circulation des personnes », *AJ Fam.*, 2016 ; p. 392.

57 - CJUE, 8 juin 2017, aff. C-541/15 *Freitag*, *RTD Eur.*, 2017, p. 589, obs. E. Pataut.

La modification avait déjà été jugée trop restrictive pour être efficace<sup>58</sup>, et on remarquera avec d'autres<sup>59</sup> que le risque de controverses s'est effectivement réalisé.

Ici, un demandeur ayant la double nationalité roumaine et allemande, résidant en Allemagne, demande le changement de son nom à des autorités roumaines, avant de prétendre à la reconnaissance de ce nom en Allemagne. C'est donc bien l'article 48 EGBGB qui est en jeu, mais la condition de rattachement (le « séjour habituel ») à l'ordre juridique qui confère un nouveau nom semble faire défaut, puisqu'au moment de la demande, le requérant avait sa résidence habituelle en Allemagne et non en Roumanie. Les services de l'état civil ont douté de la possibilité de faire transcrire le « nouveau » nom, et la juridiction saisie a soumis à la Cour de justice une question préjudicielle pour apprécier en quelque sorte la conformité du droit international privé allemand aux exigences de la liberté de circulation et de la citoyenneté européenne. La juridiction allemande se demande en effet si les articles 18 et 21 TFUE exigent la reconnaissance d'un changement de nom effectué dans un autre État membre avec lequel l'individu présente un lien en raison de sa double nationalité.

La Cour de justice commence par relever qu'il existe une procédure de changement de nom en droit allemand qui potentiellement pourrait permettre au demandeur d'obtenir la modification de son nom pour un motif sérieux, dans la mesure où l'article 48 EGBGB ne permettait pas d'assurer la reconnaissance du nom, faute de « séjour habituel » dans l'État qui permet d'acquérir un nouveau nom. Elle observe ensuite, sans surprise, que le refus de transcription du nom légalement obtenu par un ressortissant d'un État membre dans un autre État membre dont il possède également la nationalité est susceptible de constituer une entrave à la liberté de circulation. Mais la Cour revient ensuite sur la procédure administrative de changement de nom de droit allemand, et relève que :

*[...] pour qu'une réglementation telle que la réglementation allemande relative au nom, prise dans son ensemble, puisse être considérée comme étant compatible avec le droit de l'Union, il faut que les dispositions ou la procédure interne permettant d'introduire une demande de changement de nom ne rendent pas impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des droits conférés par l'article 21 TFUE. En principe, il importe peu de savoir, du point de vue du droit de l'Union, quelle est la disposition nationale ou la procédure interne en vertu de laquelle le requérant peut faire valoir ses droits concernant son nom.*<sup>60</sup>

On sait que l'un des grands débats actuels en droit international privé est la place de la méthode de reconnaissance<sup>61</sup>, qui postule l'abandon du contrôle de la loi appliquée au

58 - Voir C. Kohler, 2013, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in P. Lagarde (dir.), *la reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, p. 67. L'auteur affirme que la nouvelle rédaction de l'article constitue une réaction minimale du législateur allemand aux exigences posées par la Cour de justice qui ne manquera pas de susciter de nouvelles controverses (§ 13).

59 - Voir E. Pataut, *Chronique citoyenneté de l'Union européenne - Familles recomposées*, *RTD Eur.*, 2017, p. 589.

60 - § 41 de l'arrêt.

61 - Voir notamment P. Lagarde, 2004, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, p. 225 ; Adde, 2008, « La reconnaissance, mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, p. 481 ; Adde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », Conférence inaugurale de la session de droit international privé, *RCADI*, 2014, vol. 371 ; P. Lagarde (dir.), 2013, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone ; P. Mayer, 2005, « Les méthodes de la reconnaissance », in *Le droit international privé*,



stade de la reconnaissance des situations juridiques. Cet arrêt semble nourrir l'analyse selon laquelle la reconnaissance n'est pas à proprement parler une méthode devant la Cour de justice, elle est seulement envisagée dans une approche fonctionnelle. « L'objectif est la circulation du nom ; le moyen pour y parvenir est indifférent »<sup>62</sup> : ainsi, « le débat de la Cour n'est pas méthodologique, il est substantiel »<sup>63</sup>. Il faut pourtant relever que la Cour se montre circonspecte quant à l'emploi d'une procédure différente, puisqu'elle estime qu'en principe, le refus de reconnaissance est contraire à l'article 21 TFUE, « à moins qu'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance dudit nom »<sup>64</sup>. Par conséquent, on admettra que même si d'autres voies sont envisageables pour garantir le droit à l'identité de l'individu, « il reste que la reconnaissance semble la mieux à même de garantir le respect des exigences de la Cour »<sup>65</sup>. La Cour invite dans cette affaire la juridiction de renvoi à apprécier s'il est nécessaire, pour mettre en œuvre les droits conférés par la citoyenneté européenne, de recourir à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre ou, s'il y a lieu en l'espèce, de recourir à la procédure allemande de changement de nom. Dans la seconde hypothèse, elle invite alors les autorités allemandes à prendre en compte, dans la détermination du motif sérieux qui commande en droit allemand le changement de nom, le fait que l'intéressé présente avec l'autre État membre dans lequel il a obtenu son nom un lien de rattachement autre que le séjour habituel, tel que la nationalité<sup>66</sup>. Dans l'arrêt *Bogendorff*, la Cour avait renoncé à se prononcer sur la nécessité d'un lien de rattachement entre l'individu et l'État qui a contribué à définir son identité. Elle admet avec l'affaire *Freitag* qu'un tel lien est effectivement nécessaire, s'affranchissant du libéralisme qu'elle avait consacré avec l'arrêt *Centros*<sup>67</sup>.

L'arrêt *Freitag* met ainsi en lumière la question du lien de rattachement<sup>68</sup> nécessaire pour pouvoir opposer son droit à l'identité face à un État membre. Une personne qui souhaite garantir la stabilité de son statut personnel, et donc son droit à l'identité, doit avoir acquis cette identité dans un État avec lequel elle présente des liens suffisants, mais il n'en demeure pas moins que les solutions retenues dans les arrêts précédents relatifs à la possibilité de faire échec à la reconnaissance pour préserver l'identité nationale ne sont absolument pas remises en cause.

La Cour de justice, pour faciliter la libre circulation des citoyens, ne manque pas d'obliger les États membres à reconnaître certaines situations juridiques formalisées, et notamment

---

*Esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, p. 537 ; G.-P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité, Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457 ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307 ; E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *TCFDIP*, 2009, Pédone, p. 71 ; Ch. Pamboukis « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513 ; plus largement, A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, 2009, vol. 341, spéc. n° 207 ; R. Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, 2011, vol. 348, p. 253 et s. ; Louis d'Avout, « La méthode de la reconnaissance en droit international privé », *CFDIP*, 2016, 21 mars, in *Trav. Com. Fr. DIP*.

62 - E. Pataut, 2017, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles recomposées », *RTD Eur.*, p. 589.

63 - *Ibid.*

64 - § 47 de l'arrêt.

65 - Voir E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles recomposées », *RTD Eur.*, 2017, p. 589.

66 - § 47 de l'arrêt.

67 - Cf. *supra*.

68 - E. Pataut, propose de parler de « lien d'intégration » entre la personne et l'État qui permet la cristallisation d'une situation, voir « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles recomposées », *RTD Eur.*, 2017, p. 589

l'identité des individus telle qu'elle a pu être « enregistrée » dans un État membre. On retiendra qu'il s'agit d'une obligation de résultat<sup>69</sup>, l'État membre concerné demeurant tout à fait libre de choisir en opportunité le moyen de parvenir à la stabilité de l'identité des personnes : adoption d'une disposition de droit matériel, adoption d'une règle de conflit, introduction d'une règle de reconnaissance *stricto sensu*... C'est bien admettre qu'il y a plusieurs méthodes de reconnaissance<sup>70</sup> dont l'Union européenne se joue. Pour faire échec à la reconnaissance de l'identité de la personne, seule l'identité constitutionnelle des États en tant que composante de leur ordre public paraît pouvoir constituer une entrave justifiée à la liberté de circulation, pour autant que la proportionnalité soit respectée. C'est finalement cette proportionnalité qui devient l'arbitre des identités, individuelle et nationale, face au droit de l'Union européenne.

---

69 - C. Kohler, 2013, « La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne : le cas du nom patronymique », in P. Lagarde (dir.), *la reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., p. 67.

70 - Voir P. Mayer, 2005, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, op. cit., p. 547 ; Adde, 2013, « La reconnaissance : notions et méthodes », in P. Lagarde, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, op. cit., p. 27 et s.



## **TROISIÈME PARTIE**

# **LES PROLONGEMENTS DU DROIT À L'IDENTITÉ**



## L'identité comme socle du pluralisme juridique calédonien <sup>1</sup>

### Étienne Cornut

Université Jean Monnet – Saint-Étienne, Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), UMR 5137, en poste à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE), de 2006 à 2019

De valeur constitutionnelle, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 appelle à la construction d'une société fondée sur la recherche d'une identité du « destin commun », qui transcende les communautés et leurs particularismes. Au point 4 de son préambule, il est écrit que « Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun. » Dans le cadre de l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, plusieurs jalons prévus par l'accord de Nouméa ont constitué autant d'étapes décisives, à la fois technique et symbolique, dans la construction de cette identité calédonienne du destin commun. Deux en particulier. D'une part, le transfert de la compétence du droit civil, du droit commercial et des règles relatives à l'état civil, intervenu le 1er juillet 2013, offre désormais au congrès de la Nouvelle-Calédonie l'essentiel de la compétence normative en droit privé<sup>2</sup> et, partant, les outils juridiques de mise en œuvre de cette identité calédonienne du destin commun. D'autre part, le processus référendaire qui s'est ouvert avec la première consultation organisée le 4 novembre 2018 oblige, lui, à penser cette identité d'un point de vue épistémologique<sup>3</sup>.

« Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. » Le pluralisme juridique de Nouvelle-Calédonie est le fruit de son histoire coloniale et pluriethnique, et la marque du présent issu de l'accord. Mais ce pluralisme est d'une particulière complexité, en ce qu'il est lui-même plural<sup>4</sup>. Il est constitué par un ensemble normatif disparate, composé du droit français, du droit coutumier et du droit calédonien. La Nouvelle-Calédonie est une terre de pluralisme juridique. Et à ce macro-pluralisme s'ajoute un micro-pluralisme, dans la mesure où chacun de ces trois ensembles est lui-même décomposé en plusieurs éléments.

Le droit français ne s'applique pas de la même façon selon la matière qu'il concerne : soit il est d'application immédiate, soit-il ne s'applique que *via* le filtre de la spécialité législative. Les deux droits locaux sont eux-mêmes pluralistes. Le droit écrit calédonien, qui trouve sa source dans les lois du pays et les délibérations, relève, selon les matières, de la compétence

1 - Contribution mise à jour en mai 2019.

2 - Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial : *JONC*, 26 janv. 2012, p. 571.

3 - *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, J.-M. Boyer, M. Chauchat, G. Giraudeau, S. Gorohouna, C. Gravelat, C. Ris (dir.), éd. PUNC, 2018, actes du colloque UNC-LARJE, 17 et 18 nov. 2017 : <https://larje.unc.nc/fr/lavenir-institutionnel-de-la-nouvelle-caledonie-le-livre/>

4 - É. Cornut, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Assimilationisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa », in *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 125 et s.

du congrès (droit civil, commercial, du travail, des assurances, procédure civile par exemple)<sup>5</sup> ou des assemblées de province (à l'instar du droit de l'environnement). Le droit coutumier, « constitué des normes primaires, qui apportent une solution coutumière de fond à un problème donné » (décisions de justice ou actes coutumiers notamment), est divers puisqu'il n'est que l'interprétation de la coutume<sup>6</sup>. De même le droit de la coutume, entendu comme « un ensemble de règles de pouvoir et de répartition, à l'instar des normes dites "secondaires" en théorie générale du droit », n'est que le vecteur d'une coutume à appliquer<sup>7</sup>. Et cette « coutume » diffère elle-même selon les huit aires coutumières voire selon les clans dont proviennent des décisions coutumières majeures pour l'individu et son groupe familial ou clanique : les mariages, leur dissolution, la filiation ou les successions. La charte du peuple kanak<sup>8</sup>, si elle pose des valeurs coutumières communes qui transcendent ces particularismes coutumiers, témoigne, malgré elle, de leur existence et de leur maintien.

Ce temps « présent » est celui du « partage », où chacune des identités du territoire – calédonienne, kanak et française – est reconnue l'égal de l'autre, dans le sens d'un « rééquilibrage ». Elles peuvent chacune s'exprimer juridiquement. Mais ce partage offre une image difficile à décrypter. Surtout, il donne l'impression que chaque identité vit en marge des deux autres, sans rencontre possible, sans métissage. Les règles éparses de conflits internes de normes qui tendent à résoudre les relations mixtes le confirment, tant elles s'inscrivent dans une logique assimilationniste<sup>9</sup>.

« L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun. » Le transfert de la compétence normative est une figure de l'avenir voulu par l'accord de Nouméa. Or, quel est ou devrait être l'objectif technique du transfert de la compétence normative de l'État à la Nouvelle-Calédonie, au-delà du fait qu'il mette en œuvre la finalité de l'accord de Nouméa d'amener la Nouvelle-Calédonie vers une plus grande autonomie ? Dans la mesure où le transfert d'une compétence – quelle que soit sa nature – n'a d'intérêt que s'il permet une amélioration de la situation antérieure, ce transfert (en particulier celui du droit civil étant donné sa nature de droit commun du droit privé) devrait être l'occasion de simplifier cet enchevêtrement normatif.

D'aucuns soutiendront en effet que cette recherche de la simplicité par le droit transféré, qui désormais permet à la Nouvelle-Calédonie de construire son « avenir » juridique fondé sur le « destin commun », commande une rupture avec le pluralisme juridique.

5 - Art. 99, 9° et 10° de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

6 - É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), 2018, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, p. 488 et s. Ouvrage disponible en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/la-coutume-kanak-dans-le-pluralisme-juridique-caledonien/>

7 - *Ibid.*

8 - Délibération n° 06-2014/SC du 15 juillet 2014 constatant la proclamation et portant adoption de la charte du peuple kanak fixant le socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak, *JONC* du 5 août 2014, p. 6815 et s.

9 - En particulier l'article 9 de la loi n° 99-209, voir É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *JDI*, 2014, doct. 3, p. 51-88.

Mais alors, partant de l'axiome que le pluralisme juridique calédonien repose sur une pluralité d'identités reconnues, une telle démarche unificatrice supposerait de définir une identité calédonienne commune. Parler de l'identité comme socle du pluralisme juridique de la Nouvelle-Calédonie c'est parler du présent mais c'est aussi, et surtout, de l'avenir. Du présent au regard des identités qui coexistent, qu'elles soient communautaires ou liées à cette terre chargée d'histoire où s'entremêlent plusieurs cultures qui, se faisant, en créent une autre. De l'avenir désormais proche d'une identité calédonienne en construction, celle du destin commun censée naître de la « sortie » de l'accord de Nouméa. Cette identité calédonienne syncrétique, transcendant les identités particulières sans être le seul produit de leur addition, reste toutefois encore à définir d'un point de vue juridique, à la fois s'agissant de ses expressions et de ses bénéficiaires (I) que des conséquences, en termes de droits et d'obligations, qui lui seraient attachées (II).

## I. UN DROIT À L'IDENTITÉ POUR QUI ?

Le constat qu'offre la Nouvelle-Calédonie est celui d'une diversité des identités qui est le fondement du pluralisme juridique calédonien (A). Mais au-delà de cette diversité la question se pose de l'existence d'une identité en partage qui s'exprimerait juridiquement (B).

### A. Une pluralité d'identités juridiquement reconnues

#### 1. Typologie

Les textes fondamentaux qui régissent le statut de la Nouvelle-Calédonie (la Constitution en son Titre XIII, l'accord de Nouméa) donnent juridiquement corps aux identités qui composent et façonnent cette collectivité, en leur octroyant une reconnaissance juridique, en définissant leurs contours et leurs expressions, en prévoyant leurs conséquences. L'identité ici reconnue est plurielle, elle n'est pas unique : elle vise à la fois une identité propre à la Nouvelle-Calédonie, mais également à ses sous-ensembles territoriaux et communautaires qui la composent. De ce point de vue, les identités sont de deux ordres.

L'identité est d'une part de nature territoriale. Elle concerne tout d'abord la Nouvelle-Calédonie dans son ensemble, en tant que collectivité. La qualifiant de collectivité *sui generis*, la dotant d'institutions propres et de compétences étendues, la Nouvelle-Calédonie se voit non seulement reconnaître une identité qui lui est propre par rapport à celle de la République dont elle fait partie, mais elle peut en plus (re)définir elle-même cette identité, aussi bien pour ses signes extérieurs que pour son contenu. L'article 5 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 autorise le congrès, à la majorité des trois cinquièmes, à modifier le nom « Nouvelle-Calédonie » et à déterminer librement ses « signes identitaires permettant de marquer sa personnalité aux côtés de l'emblème national et des signes de la République ». C'est ce que prévoit la loi du pays n° 2010-11 du 9 septembre 2010 qui adopte la devise, l'hymne ainsi que les conceptions artistiques destinées au graphisme des billets de banque<sup>10</sup>.

10 - Loi du pays n° 2010-11 du 9 septembre 2010 relative à trois signes identitaires de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* du 30 sept. 2010, p. 8264 et s. L'hymne est intitulé « Soyons unis, devenons frères », la devise est « Terre de parole – Terre de partage ».



Restent la question du nom et celle du drapeau, la seconde (provisoirement ?) réglée par la levée du double drapeau français et FLNKS<sup>11</sup>. Quant au contenu de son identité, la Nouvelle-Calédonie peut le définir notamment *via* l'exercice de ses nombreuses compétences normatives, en particulier celle de droit civil. Dès lors qu'elle sera pleinement assumée (posant la question fondamentale de savoir si le congrès se limitera à une logique d'arrimage au droit étatique français) – et exercée (aucune loi du pays en la matière n'ayant encore été proposée<sup>12</sup>), cette compétence de la Nouvelle-Calédonie à écrire son droit civil lui permettra de définir la société du destin commun qu'elle entend construire et donc son identité, celle de l'avenir.

L'identité est d'autre part de nature communautaire. L'identité kanak imprègne l'accord de Nouméa, dont elle est l'un sinon le principal leitmotiv. Ainsi le drapeau doit-il exprimer « l'identité kanak et le futur partagé entre tous »<sup>13</sup>. La loi organique reprend l'expression pour fonder le rôle de proposition ou consultatif du sénat coutumier<sup>14</sup>. Surtout, le statut coutumier est réaffirmé et bénéficie d'un régime dérogatoire à celui – restrictif – prévu classiquement pour les statuts personnels particuliers sur le fondement de l'article 75 de la Constitution. Le statut particulier trouve en effet son fondement dans le respect de l'identité culturelle propre d'un groupe de personnes, considérée comme plus forte que celle, commune, que ce groupe a en partage avec le reste du peuple français. La reconnaissance du statut coutumier kanak est le ferment d'un « processus de conquête du “droit à l'identité” »<sup>15</sup>.

Cette conquête est multiple : un droit à revendiquer une identité ; un droit à la vivre au quotidien en termes de droits et d'obligations ; un monopole pour définir son contenu. Ainsi l'accord de Nouméa va-t-il lever les verrous de l'article 75 de la Constitution qui enserrant le changement de statut personnel en ne permettant qu'un abandon irrévocable et irréversible du statut particulier en faveur du droit commun<sup>16</sup>. À l'inverse, la loi organique ouvre

11 - Levée du double drapeau souhaitée par un vœu du congrès et entérinée par l'État en juillet 2010. Voir M. Chauchat, « L'avis du Conseil d'État sur le drapeau », 28 oct. 2012, in <https://larje.unc.nc/fr/l-avis-du-conseil-d-etat-sur-le-drapeau/>. Une commission spéciale a été désignée lors de l'avant-dernière mandature du congrès, « chargée de rechercher en commun le drapeau du pays, signe identitaire mentionné à l'article 1.5 de l'accord de Nouméa. Ce drapeau devra “exprimer l'identité kanak et le futur partagé entre tous” et permettre “de marquer la personnalité de la Nouvelle-Calédonie, au côté de l'emblème national et des signes de la République” ». : délibération n° 241 du 27 décembre 2012 : *JONC* du 29 déc. 2012, p. 10913.

12 - Si l'on met de côté la modification marginale intervenue sur deux articles du Code civil calédonien (art. 2374 et 2428) par la loi du pays n° 2016-20 du 31 décembre 2016 relative aux privilèges et hypothèques et portant diverses dispositions d'ordre fiscal (*JONC* du 31 déc. 2016, P. 15786), ou encore la loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, dont certaines dispositions peuvent s'appliquer à des héritiers qui ne sont pas de statut coutumier : *Cahiers du Larje – Veille et éclairage juridiques*, 2018-6, comm. Ch. Bidaud-Garon, p. 6 et s. ; É. Cornut, *ibid.*, p. 16 et s. *Les cahiers du Larje* sont disponibles en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/recherches/cahiers-du-larje/veille-et-eclairage-juridiques/>.

13 - Accord de Nouméa, point 1.5.

14 - Art. 143 et 145 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

15 - R. Lafargue, « La “voie” néo-calédonienne pour sortir de “l'enchevêtrement normatif” : jeu d'ombres et de lumière sur la Coutume », in *Mondes océaniques*, Études en l'honneur de P. de Deckker, éd. L'Harmattan, 2010, p.57 et s., spéc. p. 66.

16 - Ce caractère définitif et irrévocable de la renonciation au statut coutumier pour le statut commun a été expressément posé par le Conseil d'État dans son avis du 22 novembre 1955, n° 262-176, *RJPUF* 1958, p. 350, note R. Pautrat, que dans des circulaires du 27 décembre 1955 et du 7 mars 1957 reprenant l'avis précité, lequel s'inspirait certainement d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 16 février 1885, *S.* 1888, 1, 479, rendu à propos de la renonciation à leur statut personnel par les Indiens natifs des établissements français

la possibilité pour les Kanak d'accéder au statut coutumier en abandonnant le statut commun qu'ils avaient de naissance, voire qu'ils auraient eux-mêmes demandé<sup>17</sup>. Faisant ensuite rompre les verrous posés par la loi organique, une action en revendication de statut coutumier a également été ouverte par la Cour d'appel de Nouméa, validée par la Cour de cassation, sur le fondement de la possession d'état coutumier : c'est-à-dire sur une identité kanak personnellement revendiquée et collectivement – *i. e.* par le clan – reconnue<sup>18</sup>. Dès lors qu'elle est de ce statut coutumier, la personne relève de la coutume et le juge, qui statue alors en formation coutumière, doit l'appliquer pour toutes les questions relevant (selon l'acception du droit étatique) du droit civil. Cette personne peut enfin, *via* ses autorités et institutions coutumières ou dès lors qu'elle est amenée à participer à un palabre, définir le contenu de cette coutume, à tout le moins la décision coutumière. Et ces autorités et institutions coutumières ont le monopole de la compétence pour définir le contenu de la coutume comme du droit coutumier. La Cour administrative d'appel de Paris l'a rappelé, confirmant le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie qui avait annulé un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie créant un observatoire des affaires coutumières, au motif notamment que la création de cet observatoire « porte atteinte à l'équilibre institutionnel défini par la loi organique du 19 mars 1999 »<sup>19</sup>.

Ferment du pluralisme juridique de Nouvelle-Calédonie, les identités locales ne sont cependant pas limitées dans leur espace, à la seule Nouvelle-Calédonie.

## 2. Des identités locales à vocation universelle

Il n'est pas contesté que le statut de droit commun n'est pas cloisonné, en ce sens que les personnes de ce statut, dès lors qu'elles sont françaises et domiciliées en France, en relèvent toujours même si elles n'ont plus d'autres attaches avec la France que leur seule nationalité. *A fortiori* lorsque les personnes de statut commun sont installées en Nouvelle-Calédonie, ce statut et les conséquences qui y sont attachées s'appliquent. Là est d'ailleurs le sens du terme « commun » : ce statut est commun, *i. e.* englobant par principe tous les citoyens français, parce que l'identité dont il est l'expression est commune à tous les Français et concerne l'ensemble du territoire de la République française.

À l'inverse il est souvent pensé, dit ou écrit, que les statuts particuliers seraient doublement cloisonnés, ce cloisonnement s'exprimant au travers des expressions de « statut local » ou de « droit local ». Le cloisonnement serait personnel dès lors que l'appartenance au statut dépend d'une appartenance identitaire qui n'est pas ouverte. Ainsi l'accès au statut coutumier suppose

---

en Inde, régie par un décret du 21 septembre 1881. L'accord de Nouméa (point 1.1) prévoit quant à lui que « toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui y aurait renoncé, ou qui s'en serait trouvé privé à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état-civil) pourra le retrouver. La loi de révision constitutionnelle autorisera cette dérogation à l'article 75 de la Constitution ».

17 - Voir en particulier les articles 12 alinéa 1<sup>er</sup> et 13 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999. Sur cette question du changement de statut, voir É. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit & Cultures*, 2010/2, p. 151 et s. ; P. Dalmazir et P. Deumier, « Le contentieux préalable du changement de statut », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 26 et s.

18 - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2013, n° 12-30.154 : *JCP G.*, 2013, 986, note É. Cornut ; *D.*, 2013, p. 2092, note I. Dauriac ; *JDI*, 2014, comm. 8, note S. Sana-Chaillé de Néré.

19 - CAA Paris, 5 juillet 2017, n° 16PA00806.

toujours, *a minima*, un lien de filiation établi à l'égard de deux ou d'au moins un parent de ce statut<sup>20</sup>. De fait, il est admis de considérer que l'appartenance au statut coutumier suppose que la personne soit Kanak et qu'elle ait une ascendance kanak. La lettre de la loi ne le dit pas parce que l'esprit du texte touche à l'évidence et qu'intégrer un critère ethnique aurait, notamment, posé le problème du métissage. Le cloisonnement serait d'autre part territorial dès lors que les normes locales adoptées par les institutions locales sur des enjeux locaux, ou encore la coutume kanak, ne seraient applicables que localement. Ainsi les lois du pays ou la coutume ne s'appliqueraient qu'au pays calédonien. Et certaines le précisent, à l'instar des codes minier<sup>21</sup> et du travail<sup>22</sup>. Pourtant il est possible de soutenir que les expressions des identités en présence ne sont pas aussi cloisonnées.

Le décloisonnement peut d'une part être personnel. Si la loi organique du 19 mars 1999 exige toujours un lien de filiation avec une personne de statut coutumier pour les cas d'attribution ou d'accession visés en ses articles 10 à 13, en revanche le cas prétorien d'accession ouvert en vertu de l'article 15 ne contient pas une telle restriction<sup>23</sup>. L'accession est ouverte dès lors que le demandeur a la « possession d'état coutumier », qui « se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale »<sup>24</sup>. Cette action pourrait permettre, si toutefois la coutume l'admettait, à une personne non kanak, *i.e.* sans aucune ascendance kanak, d'accéder au statut coutumier. Pourrait être ainsi ouverte, par exemple, une voie d'accession au statut coutumier par mariage. Ce serait reconnaître un droit à l'identité sociologique. Dans l'arrêt *Saito*, la Cour d'appel de Nouméa motive ainsi sa décision par le fait que « les signataires de l'accord de Nouméa ont entendu corriger le décalage observé entre le vécu des gens et leur statut juridique dans le but de faire du statut personnel l'élément central dans la protection de l'identité culturelle des individus »<sup>25</sup>. Dans le même sens mais de façon moins radicale, il serait possible d'envisager un décloisonnement personnel partiel, c'est-à-dire en permettant – par exemple – l'application de la coutume kanak à des personnes qui ne sont pas de statut coutumier, voire qui ne sont pas même kanak. Cette application serait rendue possible *via* les outils fondamentaux du droit<sup>26</sup>, par des règles de conflits internes de normes fondées sur un nouvel axiome ou par d'autres méthodes de gestion du pluralisme juridique, prenant d'ailleurs en compte la diversité des identités<sup>27</sup>.

Le décloisonnement peut d'autre part être territorial. C'est le cas en considérant que le statut personnel, qu'il soit dit de droit commun ou particulier, n'est pas attaché à la présence de la personne sur son territoire d'origine, mais qu'elle le suit quel que soit l'endroit où elle se trouve. Ce statut est personnel et non territorial. De fait, s'agissant du statut coutumier, aucun texte ne conditionne l'application de la coutume à la résidence en Nouvelle-Calédonie

20 - Art. 10 à 13 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

21 - Le Code minier « s'applique dans le territoire des trois provinces » (C. minier, art. Lp. 111-5).

22 - Les règles prévues dans le Code du travail calédonien « sont applicables à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient » (C. trav. cal., art. Lp. 111-1, al. 1<sup>er</sup>).

23 - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2013, préc.

24 - CA Nouméa, 19 avril 2012, RG, n° 11/384 : *R/PENC*, 2012/2, n° 20, p. 80, 2<sup>nde</sup> esp., et nos obs.

25 - CA Nouméa, 29 septembre 2011, RG n° 11/46.

26 - Voir É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 517 et s.

27 - Cf. *infra*, II.B.

de la personne concernée, ni l'article 75 de la Constitution, ni l'article 7 de la loi organique. Il a, comme le statut personnel de droit commun, une vocation universelle : ce statut suit l'individu partout où il se déplace, à tout le moins lorsqu'il se trouve sur une partie du territoire de l'État qui le reconnaît<sup>28</sup>. L'identité qui fonde l'appartenance au statut personnel particulier ou coutumier transcende les frontières de l'espace où elle prend racine. Il en est de même pour le droit local, lois du pays et délibérations des institutions calédoniennes. Si la « loi du pays » est une loi édictée par le congrès calédonien sur des enjeux locaux, le terme « du pays » ne doit pas être compris comme une restriction du champ d'application spatial des normes calédoniennes. Lorsque les codes minier et du travail précisent qu'ils s'appliquent sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, il ne s'agit là que d'une règle d'application dans l'espace indiquant que l'application de règles exogènes est exclue, mais sans interdire que la norme calédonienne puisse s'appliquer en dehors de la Nouvelle-Calédonie. Il en est de même pour le droit civil calédonien : il doit pouvoir s'appliquer en dehors de la Nouvelle-Calédonie, dès lors qu'une règle de conflit de lois en commande l'application<sup>29</sup>.

En Nouvelle-Calédonie s'expriment ainsi plusieurs identités (territoriale et personnelle) qui fondent le statut propre de la collectivité et des groupes qui y vivent. Ces identités, que l'on pourrait penser cloisonnées, c'est-à-dire séparant les territoires (France et Nouvelle-Calédonie) et les personnes (en fonction de leur statut) les un(e)s des autres, apparaissent au contraire aptes à l'ouverture à l'autre. Mais cet accueil de l'autre dans son identité peut-il préfigurer une identité commune, une identité en partage, syncrétique ? Que l'identité soit le ferment du statut personnel – commun comme coutumier – pose alors la question d'une identité calédonienne socle d'un statut personnel calédonien.

## B. Une identité en partage

Qu'il existe une identité calédonienne en partage, transcendant les différentes cultures qui s'expriment en Nouvelle-Calédonie, semble indéniable. Il est en tout cas permis d'en poser le postulat. La question porte sur l'instrument juridique qui sera le vecteur de cette identité calédonienne commune, comme l'est notamment le statut coutumier pour l'identité kanak. Si la citoyenneté propre à la Nouvelle-Calédonie apparaît de prime abord comme pouvant être cet instrument, elle semble néanmoins devoir être profondément repensée pour remplir cette fonction de vecteur d'identité.

### 1. Une citoyenneté non identitaire

Bien que partie intégrante du territoire de la République française, notamment au regard du droit de la nationalité ou des droits civiques, la Nouvelle-Calédonie se caractérise par l'existence d'une citoyenneté spécifique aux côtés de la citoyenneté française. L'article 4 de la loi organique du 19 mars 1999 précise qu'il « est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188. » Cette citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie est particulière car le droit de vote aux élections provinciales et au congrès est à la fois sa condition et sa

28 - É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc., n° 65.

29 - Voir par exemple les articles 14 et 15 du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

conséquence. Elle ouvre aux Français qui en bénéficient le droit de suffrage et de se présenter aux élections au congrès et aux assemblées de province. Les autres Français sont exclus de ce corps électoral et les conditions d'accès étant gelées<sup>30</sup>, seuls les jeunes majeurs dont l'un des parents est lui-même citoyen alimentent désormais cette liste électorale spéciale. Prévus par l'accord de Nouméa comme un élément – parmi de nombreux autres – de la négociation des équilibres, ici afin de réserver à un groupe de Français ayant des liens étroits avec la Nouvelle-Calédonie la possibilité de décider lui-même de son avenir, cette restriction du corps électoral n'a pas été jugée attentatoire aux droits et libertés fondamentaux<sup>31</sup>. Cette citoyenneté ouvre également une priorité d'emploi<sup>32</sup>.

Au côté de cette citoyenneté existe un autre corps électoral, celui dit de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté prévue par l'article 77 de la Constitution. Sa composition, régie par les articles 218, 218-1 et 218-2 de la loi organique, prend davantage en compte des critères d'appartenance liés au sol, au sang ou aux deux combinés. Les critères utilisés traduisent davantage que pour la citoyenneté un enracinement sur le territoire. Mais ici encore, cette « citoyenneté référendaire » n'a été conçue qu'en vue de constituer ce corps électoral de sortie de l'accord de Nouméa et elle n'a, dans la lettre de l'accord, aucune autre signification ou portée. C'est ce qui peut aussi se déduire du refus du Conseil d'État de lier appartenance à un statut personnel et inscription automatique sur la liste électorale<sup>33</sup>. Elle ne peut donc pas véritablement, dans son acception actuelle, servir de vecteur à une identité calédonienne.

C'est dire qu'à la différence du statut coutumier qui est explicitement attaché à l'identité kanak et présenté par l'accord de Nouméa comme un vecteur de sa promotion, aucune des citoyennetés de la Nouvelle-Calédonie (celle de l'article 4 de la loi organique comme celle référendaire) n'a été véritablement construite sur une base identitaire, ni fondée sur une histoire, une culture, un sentiment d'appartenance. Elles n'ont été conçues à l'origine que comme un simple instrument dont la seule finalité est discriminante, dans le cadre d'un processus d'émancipation territoriale.

Simple instrument de définition d'un corps électoral, la citoyenneté a cependant vocation à évoluer, autant dans sa définition, son acception, ses conditions d'appartenance, ses conséquences en termes de droits mais aussi d'obligations. De fait, c'est ce que l'accord de Nouméa appelle de ses vœux. Le point 4 alinéa 3 de son préambule indique qu'il « est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun ». Il est ensuite ajouté que « des

30 - Constit., art. 77 dernier alinéa.

31 - CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, n° 200286 et 200287 ; Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60274, *Bull. AP*, n° 4 ; CEDH, 11 janvier 2005, n° 66289/11, *Py c. France*.

32 - Art. Lp. 450, 451 et s. du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie, loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, *JONC* du 12 août 2010, p. 6934.

33 - CE, Ass. gén., avis du 7 septembre 2017, n° 393431, qui estime que le critère du statut civil est « sans rapport avec l'objet de la norme envisagée, qui est de faciliter l'inscription sur les listes électorales de tous ceux qui remplissent les conditions pour y figurer, sans autre distinction. » La loi organique n° 2018-280 du 19 avril 2018 permet, par exemple, l'inscription automatique des natifs de la Nouvelle-Calédonie, sans considération de leur statut personnel (art. 218-2, II, 3° de la loi n° 99-209).

signes seront donnés de la reconnaissance progressive d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci devant traduire la communauté de destin choisie et pouvant se transformer, après la fin de la période, en nationalité, s'il en était décidé ainsi. » En ce sens, l'accord « rend possible l'émergence de droits culturels, économiques et sociaux liés à cette citoyenneté concrète »<sup>34</sup>.

L'idée même d'un peuple calédonien, prudemment non énoncée dans la lettre de l'accord de Nouméa, est en germe dans son esprit. Mais tout ou presque reste désormais à faire. Si les bases ont été posées en termes d'appartenance et de droits, mais dans une vision étroite, il convient d'aller plus avant, ce quel que soit le scénario de sortie de l'accord de Nouméa (accession à la pleine souveraineté, maintien des acquis ou nouvel accord).

## 2. Construire une citoyenneté d'appartenance

En cas d'accession à la pleine souveraineté, la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie a en effet vocation à se transformer en une nationalité calédonienne<sup>35</sup>. Or, traditionnellement la nationalité exprime un sentiment d'appartenance à un État, à une culture et une histoire. Elle implique des droits plus larges que ceux liés à la citoyenneté et elle crée des obligations. Cette accession éventuelle de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté suppose donc de redéfinir les contours de la citoyenneté. Même si elle est moins prégnante, cette nécessaire redéfinition des contours de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie se retrouve également dans l'hypothèse d'un rejet de l'indépendance<sup>36</sup>.

Les restrictions prévues à la composition du corps électoral n'ont en effet été tolérées au regard des droits et libertés fondamentaux que parce qu'elles s'appliquent « strictement et uniquement à des scrutins s'inscrivant dans un processus d'autodétermination »<sup>37</sup>, « impliquant la participation des résidents qui, au-delà de leur appartenance ethnique ou politique, ont contribué et contribuent à l'édification de la Nouvelle-Calédonie à travers leurs attaches suffisantes à ce territoire. »<sup>38</sup> La Cour européenne des droits de l'homme juge que cette restriction dans l'accès à la citoyenneté n'est pas contraire à l'article 3 du protocole n° 1 de la conv. EDH dans la mesure où, d'une part, « le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination. Il s'agit d'un « système inachevé et transitoire » » et, d'autre part, que « l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des « nécessités locales » de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant »<sup>39</sup>.

34 - M. Chauchat, « La citoyenneté calédonienne » : *Cah. Cons. Constit.*, n° 23, 2007, p. 56.

35 - É. Cornut, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté » *RDP*, 2019-6, p. 1486 et s.

36 - É. Cornut, « La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie selon l'issue de l'Accord de Nouméa », in A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke, F. Marchadier et V. Parisot (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, éd. Varenne-LGDJ-Lextenso, 2019, p. 201 et s.

37 - Voir Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, 15 juillet 2002, cité par l'arrêt *Py c. France*, CEDH, 11 janvier 2005, aff. n° 66289/01, pt. 13.16, p. 13.

38 - *Ibid.*, p. 14.7.

39 - CEDH, 11 janvier 2005, préc., consid. n°s 61 et 64.

Le fait qu'à « la fin du processus, l'accord de Nouméa cesserait de produire ses effets et, en particulier, qu'il n'y aurait plus de fondement constitutionnel à la citoyenneté calédonienne telle qu'elle est définie par la loi organique »<sup>40</sup> rend cette redéfinition de la citoyenneté désormais urgente.

Si elle doit être refondée, le principe même de l'existence d'une citoyenneté propre à la Nouvelle-Calédonie est devenu un acquis irréversible pour toutes les parties calédoniennes, ce quelle que soit l'hypothèse de sortie de l'accord de Nouméa<sup>41</sup>. Une autre convergence entre les parties – néanmoins sans doute davantage sur le principe que sur les modalités concrètes – est que cette citoyenneté refondée (ou nationalité dans le cadre d'une accession à la pleine souveraineté) soit ouverte et non plus fermée, mais sans doute toujours d'accès restreint. De fait cette évolution est inéluctable au regard des textes internationaux, et l'irréversibilité du principe de la citoyenneté ne signifie pas une irréversibilité de ses conditions d'appartenance ni de son contenu<sup>42</sup>.

Le but serait de refonder la citoyenneté « de la Nouvelle-Calédonie » (conception actuelle) en une citoyenneté « calédonienne », c'est-à-dire qui n'est pas seulement accordée en fonction d'un objectif temporaire et d'un lien physique avec le territoire, mais qui est conçue comme la marque d'un sentiment d'appartenance durable à un territoire, une histoire, une culture à expression multiple, des valeurs ainsi qu'un avenir partagé. Cette évolution donnera un sens au « peuple calédonien »<sup>43</sup>.

L'entreprise suppose non seulement de définir des critères plus ouverts d'accession à cette citoyenneté (ou nationalité), fondés sur des liens d'appartenance, mais également de faire reposer cette accession sur des droits (de suffrage et d'accès à l'emploi local, ainsi que des droits nouveaux) et sur des obligations (des obligations dites civiques ou citoyennes, telle une obligation de service civil pour les jeunes majeurs ou d'adhésion à des valeurs communes, mais également des obligations nouvelles, de nature autre que purement civique). C'est sur la base de ces droits et obligations nouveaux que cette citoyenneté refondée devra se construire, le reste étant déjà acquis ou partagé. Ce travail sur le contenu et les conséquences d'une citoyenneté refondée est un préalable qui ne peut se limiter à reconduire l'existant (droits au vote et à l'emploi local). Il convient de savoir ce que recouvre l'identité calédonienne, de définir un projet de société du destin commun, pour ensuite définir qui peut ou doit en faire partie, y être associé. Avant de savoir à qui s'adresse le droit à l'identité, il convient ainsi de savoir pour quoi est-il octroyé.

## II. UN DROIT À L'IDENTITÉ POUR QUOI ?

Les identités qui s'expriment en Nouvelle-Calédonie sont à la fois le ferment du pluralisme juridique (A) et le vecteur des droits qui en découlent (B).

40 - *Mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, A. Christnacht, Y. Dassonville, R. Fraisse, F. Garde, B. Lombrière, J.-F. Merle, Rapport remis en octobre 2016, p. 19.

41 - *Ibid.*

42 - É. Cornut, « La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie selon l'issue de l'Accord de Nouméa », préc.

43 - Sur la notion et ses membres, voir É. Cornut, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », préc., spéc. n° 29, n° 35 et s.

## A. Comme ferment du pluralisme juridique

### 1. Un droit local expression des identités

La reconnaissance juridique des identités kanak et calédonienne s'exprime, pour chacune d'elles, de différentes façons. Au-delà du constat qui peut en être dressé, il convient de s'interroger sur l'évolution possible de cette reconnaissance juridique.

L'identité kanak s'exprime juridiquement de trois façons. Par une reconnaissance institutionnelle, d'une part. Le sénat coutumier et les conseils coutumiers (ces derniers au nombre de huit, un par aire coutumière) sont reconnus comme des « institutions de la Nouvelle-Calédonie » et à ce titre bénéficient de compétences tendant à influencer sur la création et l'interprétation de la norme locale. Ainsi le sénat est-il consulté sur tout projet de loi du pays ou de délibération touchant au statut coutumier, au régime des terres coutumières, plus largement à l'identité kanak<sup>44</sup>. De même les conseils coutumiers peuvent-ils être saisis de toute question touchant à leur sphère coutumière. Ils sont également compétents sur l'interprétation des règles coutumières ou des actes coutumiers relevant de leur aire<sup>45</sup>. Au-delà du nécessaire respect de ces compétences, la construction d'une identité commune commanderait qu'elles soient développées, ce même au-delà des domaines qui relèvent du champ normatif de la coutume : soit en rendant obligatoire l'intervention des institutions coutumières dans les domaines où la coutume, le statut coutumier sont directement concernés, que la zone touchée est celle « d'influence coutumière »<sup>46</sup> ; soit en rendant cette intervention facultative pour d'autres domaines où la coutume est moins directement impactée<sup>47</sup>. Les lois du pays et délibérations qui intéressent l'identité kanak ne sont en effet pas seulement celles dont l'objet direct est le statut coutumier ou le régime des terres coutumières, sauf à considérer qu'il s'agit d'une identité cloisonnée.

La reconnaissance juridique de l'identité kanak s'exprime ensuite par celle des autorités coutumières : grand-chef de district, clan et chef de clan notamment. Longtemps contestée, la reconnaissance juridique du clan – pilier de la société coutumière – a franchi ces dernières années un pallier lorsque la Cour d'appel de Nouméa a reconnu qu'il bénéficiait de la personnalité juridique et partant d'une pleine capacité<sup>48</sup>, le rendant apte, par exemple, à ester en justice pour demander des dommages et intérêts en vertu de la coutume, par application de l'article 7 de la loi n° 99-209<sup>49</sup>. Allant plus loin dans la reconnaissance de l'identité kanak, le clan pourrait, à l'instar du Groupement de Droit Particulier Local<sup>50</sup> (GDPL), être vu comme une personne morale de statut coutumier au sens de l'article 7 précité, alors même qu'il ne

44 - Art. 142 et 143 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

45 - Art. 150 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

46 - Pour reprendre l'expression utilisée par la charte du peuple kanak en sa valeur 101. La question s'est posée pour la loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime.

47 - É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 528 et s.

48 - CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532.

49 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n°12-101 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n°14/307 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG, n°15/39. Sur la question, voir É. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », in *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 144 et s., spéc. p. 178 et s.

50 - CA Nouméa, 13 août 2012, RG, n° 12/242.



peut, comme le GDPL, être ce « citoyen » visé par cet article. Par cette reconnaissance, le clan serait juridiquement régi par la coutume en matière civile dans ses relations avec un autre clan, un GDPL ou une personne physique de statut coutumier.

La reconnaissance de l'identité kanak s'exprime enfin par la juridicité de la coutume. Garantie par l'article 7 de la loi n° 99-209 en matière de droit civil, cette juridicité de la coutume a vocation à être reconnue dans d'autres pans du droit privé, parce que le respect de l'identité kanak ne peut être ainsi cloisonné seulement à ce que le droit étatique – donc extérieur à la coutume elle-même – range dans la catégorie « droit civil ». De fait les outils fondamentaux de l'ordre juridique – les notions à contenu variable ou le contrat par exemple – permettent déjà une telle prise en considération de la coutume<sup>51</sup>, ainsi en droit commercial, en droit du travail<sup>52</sup> ou même en droit pénal<sup>53</sup>. L'identité du destin commun pourrait, par la loi, ouvrir officiellement ce champ juridique réservé à la coutume et au droit coutumier.

De la même façon, l'identité de la Nouvelle-Calédonie (territoriale) s'exprime juridiquement de deux manières. D'une part *via* le principe de spécialité législative, qui invite le législateur français à s'interroger sur l'applicabilité en Nouvelle-Calédonie de normes qu'il adopte. En raison des transferts des compétences, le domaine du droit étatique soumis à ce filtre se réduit. D'autres normes n'y sont pas soumises et s'appliquent en Nouvelle-Calédonie de la même façon qu'en France métropolitaine, dès lors qu'elles sont liées à la souveraineté, à la protection de l'ordre public ou qu'elles ont une nature nécessairement territoriale<sup>54</sup>.

D'autre part, cette identité de la Nouvelle-Calédonie s'exprime *via* des institutions propres (congrès, assemblées de province, gouvernement) qui disposent d'une compétence normative sur la quasi-totalité du droit privé. La Nouvelle-Calédonie, en se saisissant pleinement de cette compétence et en y associant les acteurs juridiques et judiciaires locaux, a le pouvoir de créer une norme à l'image de la société qu'elle veut construire. Le décrochage entre le Code civil français et le Code civil calédonien est désormais acté, notamment avec les réformes françaises du droit des obligations déjà réalisées ou annoncées. Le congrès est mis devant la nécessité d'exercer pleinement sa compétence, à tout le moins de s'interroger sur la manière dont cette compétence doit s'exercer. Faut-il s'arrimer au droit français métropolitain et importer les textes nouveaux ? Plus simple et sans doute plus réaliste en termes de moyens, cette méthode va cependant à rebours de la logique du transfert de la compétence. Cette logique sous-tend que la Nouvelle-Calédonie exerce cette compétence pour construire son identité du destin commun, le droit privé – notamment du droit des personnes et de la famille – étant plus que toute autre matière le reflet juridique d'une société ou d'une communauté. Si le droit français en évolution peut et même doit servir de modèle, parce qu'il restera toujours une histoire commune et partagée des identités française et calédonienne, quelle

51 - É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 495 et s., et p. 517 et s.

52 - N. Meyer, « Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque », in *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 245 et s.

53 - Voir V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal » et É. Duraffour, « Pour que le châtiment soit un honneur », in *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 214 et s., p. 235 et s. ; M. Briard, « La libération conditionnelle au sein du clan, quand la justice pénale enlève son bandeau pour mieux manier le glaive », *Cahiers du Larje – Veille et éclairage juridiques*, 2018-6, p. 27 et s.

54 - Art. 6-2 de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999.

que soit l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, il ne devrait pas y avoir ici d'exclusivité. L'alternative est affaire de politique législative et du modèle de société que la Nouvelle-Calédonie souhaite construire par son droit et les moyens qu'elle entend déployer pour cela<sup>55</sup>.

Les identités de Nouvelle-Calédonie ne sont pas des coquilles vides. La coutume n'est pas du folklore : c'est une norme dotée de juridicité dans le domaine du droit civil, mais plus globalement et en tous domaines, c'est un fait social, orientant les comportements, au besoin indépendamment d'une contrainte étatique. Toutefois l'image est celle d'identités chacune cloisonnée dans leur expression juridique. Si une identité de la Nouvelle-Calédonie existe, qu'une identité calédonienne est en devenir, est-il alors envisageable de parvenir à un droit unifié ?

## 2. Un droit local en partage ?

Dès lors que le droit local repose sur une identité territoriale, c'est-à-dire qui, par principe, transcende les identités communautaires ou personnelles, alors il est par nature unitaire dans la mesure où il a vocation à être érigé en droit commun de ce territoire, partant à s'appliquer à quiconque y réside. Cette identité territoriale repose sur le droit local écrit, celui qui émane du congrès ou des assemblées de province. En ces matières l'unité existe. Ainsi le droit du travail, qui repose sur des enjeux calédoniens, s'applique quel que soit le statut personnel des parties<sup>56</sup>, à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient<sup>57</sup>.

Toutefois, cette unité se réalise uniquement dans le sens de l'identité territoriale, dans la mesure où l'identité kanak n'est que très faiblement prise en compte par le droit du travail calédonien. Ainsi le mot « coutume » n'est-il jamais utilisé par le Code du travail de Nouvelle-Calédonie<sup>58</sup>. Seuls quelques articles prennent en considération certaines fonctions coutumières des salariés, en vertu de la loi du pays n° 2018-3 du 28 mai 2018 instituant un congé pour responsabilités coutumières<sup>59</sup>. Or l'identité kanak peut et même doit être prise en compte par le droit du travail et les sources négociées permettent une telle intégration<sup>60</sup>.

De façon plus générale, les outils fondamentaux de l'ordre juridique, tel que le contrat, ou encore les notions à contenu variable, tels que l'ordre public, l'intérêt, autorisent également cette prise en considération des identités plurielles dans le cadre d'un droit unitaire<sup>61</sup>. En droit pénal des aspects coutumiers peuvent être pris en considération pour, par exemple, apprécier les éléments constitutifs de l'infraction (faute, gravité, cause d'irresponsabilité) au regard du statut coutumier et du contexte coutumier dans lequel l'individu a agi. Ainsi pour caractériser une faute simple d'imprudance qui suppose une appréciation du comportement de l'individu, il « est parfaitement conforme à cette appréciation requise pour l'établissement de la faute de prendre en compte le statut coutumier de la personne comme élément du

55 - É. Cornut, « La poursuite du décrochage du Code civil calédonien », *Cahiers du Larje - Veille et éclairage juridiques*, n° 2, 2017, p. 15.

56 - Cass. Soc., 10 février 2010, n° 08-70084, *Bull. civ.*, V, n° 37.

57 - Art. Lp. 111-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

58 - Au 29 mai 2019.

59 - Sur cette loi, voir N. Meyer, *Cahiers du Larje - Veille et éclairage juridiques*, 2018-6, p. 32 et s., et É. Cornut, *ibid.*, p. 18.

60 - N. Meyer, « Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque », *préc.*

61 - É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », *préc.*

contexte dans lequel elle a agi. Ainsi tel comportement qui pourrait paraître anodin et non fautif du point de vue du droit commun, pourrait être considéré comme particulièrement grave au regard des devoirs coutumiers ou inversement »<sup>62</sup>.

Le droit civil calédonien en construction peut également prendre en considération chacune des identités de la Nouvelle-Calédonie. Il le peut *via* ces outils fondamentaux de l'ordre juridique. Il le peut également *via* les réformes que le congrès engagera. Dans l'exercice de sa compétence en droit civil comme en d'autres matières, le congrès peut prendre en considération des éléments tirés des identités kanak ou calédonienne. Il pourrait également fonder les normes nouvelles sur des valeurs partagées transcendant ces identités particulières.

Mais ce processus de construction d'un droit commun calédonien, miroir d'une identité partagée, ne peut être le résultat de la substitution d'une identité par une autre. L'identité partagée ne peut se construire sur le tombeau des identités communautaires, en particulier de l'identité kanak dont la reconnaissance constitutionnelle est garantie par l'irréversibilité des acquis de l'accord de Nouméa<sup>63</sup>. L'identité calédonienne du destin commun doit sans aucun doute être recherchée dans la voie d'une identité en partage mais qui n'efface pas l'identité propre aux communautés qui composent la société calédonienne. L'identité calédonienne du destin commun ne peut être qu'une identité syncrétique. C'est ce qu'a initié la mission sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie avec la rédaction d'un pré-projet de charte des valeurs communes<sup>64</sup>, repris pour l'essentiel dans la « charte des valeurs calédoniennes » proposée par le groupe de dialogue « Sur le chemin de l'avenir »<sup>65</sup>. Si ces valeurs sont pour l'essentiel celles que les textes internationaux érigent au rang de droits universels, elles trouvent également un fondement dans l'affirmation d'une histoire et d'une culture communes qui se construisent par la rencontre et le partage des multiples cultures s'exprimant en Nouvelle-Calédonie. Plusieurs sources de ces valeurs sont reconnues, sans hiérarchie entre elles : « Toutes ces valeurs constituent un seul fleuve auquel puisent les Calédoniens et qui fondent les relations entre les Hommes »<sup>66</sup>. L'image donnée est celle d'une identité métissée, syncrétique, qui s'exprime dans la reconnaissance, le respect et le maintien des identités sources. Lorsqu'est proclamé « le principe de l'égalité des droits des Calédoniens », la charte ajoute que « ce principe doit se concilier avec la reconnaissance d'un droit à la différence. Ainsi, l'organisation sociale kanak ou celle d'autres communautés océaniques peuvent rester régies par des règles différentes, sous réserve qu'une égalité des conditions de vie soit recherchée »<sup>67</sup>. Ce processus est en tout état de cause le préalable indispensable à la construction d'un droit calédonien en partage.

Ce processus doit également composer avec une répartition complexe de la compétence normative entre les différentes institutions de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi lorsque le Code de l'environnement de la province des Îles Loyauté<sup>68</sup> prévoit, en son article 110-3, que

62 - V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », préc., p. 229.

63 - Sur la notion et l'étendue du principe d'irréversibilité des acquis de l'accord de Nouméa et son application à la citoyenneté, voir É. Cornut, « La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie selon l'issue de l'accord de Nouméa », préc.

64 - Rapport *Mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, préc., p. 32 et s.

65 - Cette charte, sans valeur juridique, ni politique est disponible sur le site du Haut-commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie : <http://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/>

66 - Charte des valeurs calédoniennes, point I.4, al. 2.

67 - Charte des valeurs calédoniennes, point III.2, al. 1<sup>er</sup>.

68 - Délibération n° 2016-13/API du 6 avril 2016 portant adoption du Code de l'environnement de la province des Îles

« certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres », ce ne peut être, comme l'indique le même texte, que « sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». L'assemblée provinciale n'est en effet pas compétente pour octroyer la personnalité juridique à ce qui n'est pas une personne. Elle n'est pas compétente non plus pour écrire la coutume, fut-ce dans son domaine de compétence en droit de l'environnement. En ce sens, l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie devrait également être l'occasion d'une simplification de la compétence normative. En particulier, la réalité des transferts de compétence devrait justifier de donner au congrès, par principe, la compétence normative<sup>69</sup>. En droit de l'environnement, la compétence donnée aux assemblées de province n'a guère de sens dans la mesure où cette matière relève d'enjeux qui dépassent l'identité propre à chaque province. Il conviendrait également d'ériger le congrès en assemblée délibérante à part entière, avec des membres élus au suffrage direct qui ne seraient plus seulement l'émanation des assemblées provinciales.

Il en découle qu'un métissage direct, par écriture d'une norme prenant en compte toutes les identités, ne semble sur le fond possible que pour des questions par nature universelle, transcendant la diversité des identités et des cultures, à tout le moins pouvant être l'expression d'une identité commune. Sans doute est-ce possible pour une grande partie du droit de l'environnement, du droit du travail, du droit commercial ou du droit civil économique<sup>70</sup>. La donation-cession coutumière créée par la loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions coutumières en est une manifestation, fut-elle restreinte. L'entreprise apparaît plus complexe pour le droit civil extrapatrimonial, tant les obstacles normatifs, institutionnels et culturels à l'unification du droit civil calédonien sont nombreux<sup>71</sup>. En ce domaine plus qu'ailleurs, là où le respect des identités plurielles s'impose de lui-même, le métissage de la norme, s'il n'est pas impossible, ne peut se faire que de façon indirecte, c'est-à-dire, dès lors que l'identité kanak est concernée, par renvoi à la coutume dont la norme écrite prescrit le respect ou la prise en considération dans son application.

En ce sens, la construction d'un droit commun, d'un droit en partage sur le fondement d'une identité commune, n'exclut pas le maintien des identités particulières. Partant, le respect de ces identités, kanak, calédonienne, océanienne et sans doute métropolitaine, appelle également un traitement des identités en termes de conflits de normes.

## B. Comme critère d'application du droit calédonien

### 1. La règle de conflit interne de lois comme vecteur des identités

Si l'on admet que les identités kanak et calédonienne sont le ferment du droit local, coutumier autant que calédonien, que ces identités dites locales n'excluent pas l'expression et la

---

Loyauté : *JONC* du 23 juin 2016, p. 5936 et s.

69 - Cf. not. « Rapport de la Mission d'écoute et de conseil sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 14.

70 - Sur cet aspect, voir É. Cornut, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Assimilationisme ou différencialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa », préc., spéc. p. 136 et s.

71 - Sur la question voir É. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 507 et s. ; V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 404 et s., spéc. p. 417 et s.

reconnaissance des identités océaniques (notamment de Wallis et Futuna qui s'exprime par le statut particulier<sup>72</sup>) et française, et que ces identités ne sont pas dans un rapport hiérarchique l'une à l'égard de l'autre, même si certaines ont une nature territoriale alors que d'autres sont de nature personnelle, il convient alors d'en garantir la reconnaissance juridique non seulement sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, mais également aux personnes qui relèvent de ces identités. Dans cet objectif, la méthode conflictuelle apparaît comme un moyen de garantir l'application du droit calédonien – écrit et coutumier – en Nouvelle-Calédonie et pour les personnes qui naturellement devraient en relever.

Or à ce jour les textes sont inexistant, à tout le moins lacunaires. Aucun texte par exemple ne permet de savoir si le droit civil calédonien, celui issu du transfert de la compétence du 1<sup>er</sup> juillet 2013, est devenu le droit commun de la Nouvelle-Calédonie. Sans aucun doute cette qualité est-elle dans l'esprit de l'accord de Nouméa et de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999. En transférant à la Nouvelle-Calédonie la compétence normative du droit civil, l'État a nécessairement reconnu, dans le même temps, la vocation de ce droit civil calédonien à devenir par principe le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie. Cette logique ne semble pas pouvoir être raisonnablement discutée.

Néanmoins cet axiome posé, l'interrogation se prolonge sur la vocation de ce droit civil calédonien à s'appliquer de façon générale. Est-il par exemple le « droit commun » visé par l'article 9 de la loi organique qui régit les relations mixtes entre personnes de statut personnel différent ? En l'état actuel des textes, rien n'est moins sûr<sup>73</sup>. Est-il applicable aux Français métropolitains résidant en Nouvelle-Calédonie, sachant que certains sont en séjour à durée limitée tandis que d'autres sont durablement installés ? Alors que le Code du travail ou le Code minier de Nouvelle-Calédonie définissent expressément leur champ d'application territorial, rien n'est prévu pour le droit civil calédonien. Pour ce dernier cette définition relève, selon le Conseil d'État, du législateur organique dans la mesure où sont concernés les statuts personnels visés par l'article 75 de la Constitution<sup>74</sup>. Faute de texte pris, c'est le juge qui doit définir l'origine de la norme qu'il doit appliquer. Sans doute appliquera-t-il par principe le droit civil calédonien dès lors qu'il sera saisi d'une question de droit civil constituée en Nouvelle-Calédonie. Longtemps restée théorique lorsqu'elle était envisagée en amont ou au moment du transfert du droit civil<sup>75</sup>, cette problématique des conflits internes de normes recouvre désormais un enjeu pratique réel dès lors que le décrochage du droit civil calédonien du droit civil français est acté<sup>76</sup>.

72 - Article 2 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'Outre-mer.

73 - É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc. n° 28.

74 - CE, avis, 23 mai 2013, n° 387.519. La réalité est sans doute un peu plus complexe. Sur la question, voir S. Sana-Chaillé de Néré, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », *JDI*, 2014, p. 33 et s., spéc. p. 47 et s.

75 - S. Sana-Chaillé de Néré, « Un droit calédonien pour qui ? », in S. Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque organisé à Nouméa le 27 sept 2011, disponible sur <https://larje.unc.nc/ft/le-transfert-du-droit-civil-et-du-droit-commercial/>; « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », préc.; « Les espaces lointains de la République – Réflexion sur les règles de conflit de lois comme instrument du pluralisme juridique », in Mélanges en l'honneur de J.-P. Laborde, *Des liens et des droits*, Dalloz, 2015, p. 203; « Les conflits internes de lois, ou les quêtes d'appartenance », *TCFDIP*, 2016-2018, éd. Pedone, 2019, p. 285 et s.; É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc.

76 - Not. en droit des obligations depuis l'entrée en vigueur en France, le 1<sup>er</sup> octobre 2016, de l'ordonnance n° 2016-131

L'enjeu est également réel pour la gestion des rapports mixtes. Les textes épars actuels, en particulier l'article 9 de la loi n° 99-209, qui fondent la primauté du droit civil « commun », placent « la coutume dans une situation d'infériorité puisqu'elle n'a pas la même vocation que le droit civil à s'appliquer à des relations qui, pourtant, la concernent tout autant »<sup>77</sup>. S'exprime par ces textes une logique assimilationniste issue d'un héritage colonial qui n'a plus vocation à perdurer. Une réforme est nécessaire, s'inscrivant dans une logique davantage distributive et ayant pour fondement l'égalité des identités, partant des statuts personnels et des droits qui en sont l'expression. Si cette égalité ne peut être posée en dogme dans la mesure où, d'une part, le droit écrit a – on l'a dit – vocation à être le droit de principe et, d'autre part, que la coutume en particulier ne peut pour des raisons qui tiennent à sa nature même et à ses prescrits, toujours s'appliquer à des personnes qui ne seraient pas kanak, il n'en reste pas moins que « cette application du droit civil doit alors tenir de l'exception et non du principe. Ce sont des aspects tenant à la coutume elle-même – et non une infériorité congénitale – qui empêchent sa désignation comme norme applicable »<sup>78</sup>.

En ce qu'elle permet de déterminer quelle norme s'appliquera à telle situation juridique, la règle de conflit de lois est un vecteur des identités. Elle permettra de dire à qui et à quoi les droits calédoniens écrit et coutumier s'appliqueront. Par les rattachements qu'elle retiendra, elle évitera qu'une norme soit appliquée de façon artificielle<sup>79</sup>. Dans ce cadre, l'enjeu est celui du choix des critères de rattachement.

## 2. Le critère de rattachement comme expression juridique de l'identité

Une fois posée l'utilité de résoudre le pluralisme juridique calédonien par le truchement de la règle de conflit, du fait notamment de l'impossibilité de parvenir à une unité matérielle complète du droit local, l'enjeu sera, d'une part, de définir selon quelle méthode et quels critères sera déterminée la norme applicable et, d'autre part, le régime juridique de la mise en œuvre de la norme désignée. Nous nous limiterons ici à quelques remarques.

Il a été vu que les identités s'exprimant en Nouvelle-Calédonie sont plurielles et surtout de nature différente. Certaines sont communautaires alors que d'autres sont liées à un territoire. Ces identités étant chacune reconnues juridiquement, dès lors sur le terrain des conflits internes de normes, deux types de conflits<sup>80</sup> se retrouvent : l'un dit interpersonnel, du fait de

---

du 10 février 2016, ratifiée par la loi du n° 2018-287 du 20 avril 2018 qui, du fait du transfert de la compétence du droit civil, ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie. Le droit civil calédonien des contrats, de la preuve et du régime général des obligations reste celui en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2013, voir É. Cornut, « Le droit civil calédonien à l'aube du décrochage du droit civil français », *Cahiers du Larje – Veille et éclairage juridiques*, 2016-3, p. 14-16. De même en droit des personnes et de la famille avec la réforme dite « J21 » dont plusieurs dispositions ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie, à l'instar du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, voir Ch. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille », *Cahiers du Larje – Veille et éclairage juridiques*, n° 2, 2017, p. 7 et s.

77 - V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », préc., p. 450.

78 - *Ibid.*, p. 484.

79 - En prescrivant la compétence du « droit commun » aux rapports mixtes, l'article 9 de la loi n° 99-209 conduit par exemple à unir ou désunir, créer ou rompre un lien de filiation, organiser une succession ou octroyer des intérêts civils en vertu du seul « droit commun », même lorsque toutes les parties sont Kanak et qu'elles vivent et respectent au quotidien les prescrits coutumiers, dès lors que l'une d'elles au moins n'a pas le statut coutumier.

80 - Tels qu'ils sont traditionnellement entendus, car il a été montré qu'au-delà de leur diversité de nature, leur résolution

la coexistence de statuts personnels différents ; l'autre dit territorial, du fait de l'autonomie normative de la Nouvelle-Calédonie par rapport à l'État. Or ces deux types de conflits, le plus souvent exclusif l'un de l'autre, se recourent ici et, de surcroît, sur la même matière, le droit civil. Le choix du critère devra tenir compte de ces aspects, notamment pour la résolution des rapports mixtes, entre personnes de statuts personnels différents<sup>81</sup>.

Le choix du critère de rattachement de la règle de conflit de normes dépend de plusieurs facteurs, à la fois identitaires, de justice, de politique, de proximité ou de permanence et de stabilité des situations juridiques. Le facteur identitaire n'est pas nécessairement supérieur aux autres, il pourrait s'effacer devant certaines considérations. C'est le cas pour les matières, à l'instar du droit pénal, qui relèvent de la compétence de l'État. La finalité de protection de l'ordre public du droit pénal ne peut en principe subir la concurrence de normes exogènes. En ce sens, la place du facteur identitaire dans le choix du critère de rattachement dépendra pour l'essentiel du marquage identitaire de la matière considérée. Fort pour les questions touchant au statut personnel et familial, il l'est moins s'agissant des actes et des faits juridiques.

Parmi les critères possibles figurent ceux qui classiquement sont retenus pour les règles de conflits de lois internationales, sous quelques réserves liées à la nature ici interne du conflit de normes. Ainsi la nationalité, hormis dans l'optique d'une accession à la pleine souveraineté, n'est pas un critère efficient, puisque non discriminant. Le domicile ou la résidence prolongée peuvent être un critère de principe, notamment pour garantir au droit transféré la qualité de droit commun de la Nouvelle-Calédonie. L'autonomie de la volonté, à tout le moins une option de législation, peut être retenue dans le domaine contractuel et même en dehors de ce cadre classique, notamment pour la résolution des rapports mixtes.

Si la citoyenneté est naturellement envisageable par substitution à la nationalité, notamment pour les questions qui, en droit international privé, relèvent du statut personnel<sup>82</sup> et que de fait rien en soi<sup>83</sup> ne s'oppose à ce qu'elle puisse être retenue<sup>84</sup>, l'utiliser pose cependant quelques difficultés. La première tient au fait que fondée sur une capacité électorale, la citoyenneté exclut de fait les mineurs. Si le citoyen est celui qui est défini par sa capacité à voter (conception actuelle de la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie), alors le mineur n'est pas citoyen, il ne le deviendra qu'à sa majorité. Si la citoyenneté devait être un critère d'application du droit civil, il faudrait alors reconnaître au mineur une citoyenneté anticipée dès lors qu'il en remplit toutes les conditions hormis la majorité<sup>85</sup>.

---

répond à des méthodes et des principes communs : V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, thèse de doctorat, Préf. P. Lagarde, IRJS, 2013. *Adde* V. Parisot, *Rép. internat.* Dalloz, janv. 2015, v° « Conflits internes de lois ».

81 - É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », *préc.*, spéc. n° 11 et s.

82 - Étant rappelé que le statut personnel coutumier kanak a un champ matériel plus large (l'ensemble du droit civil, y compris le droit civil économique et de la propriété) que le « statut personnel » au sens du droit international privé (état et capacité des personnes, famille hors régimes matrimoniaux et successions), ce dont les règles à créer devront également tenir compte.

83 - Si ce n'est une extension du domaine de la notion, lié traditionnellement aux seuls droits électoraux.

84 - En ce sens, S. Sana-Chaillé de Néré, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », *préc.*, n° 6.

85 - *Ibid.*, spéc. note en bas de page n° 30.

Une deuxième difficulté réside dans la nécessaire redéfinition du sens de la citoyenneté et de ses conditions d'accès. Si l'on peut soutenir que la conception actuellement érigée de la citoyenneté n'est pas un obstacle à ce qu'elle soit érigée en critère de rattachement de principe<sup>86</sup>, ce choix aura pour conséquence que seuls les citoyens calédoniens, au sens de l'article 4 de la loi n° 99-209<sup>87</sup>, se verront appliquer le droit civil calédonien alors que les non-citoyens en seront exclus<sup>88</sup>. Or, si l'exclusion des non-citoyens des opérations électorales peut s'entendre même au regard des droits et des libertés fondamentaux dans le cadre d'un processus transitoire<sup>89</sup>, en revanche elle l'est moins d'une part pour l'application du droit privé, *a fortiori* et d'autre part si cette exclusion est définitive. Le législateur calédonien l'a bien compris lorsqu'il étend le bénéfice de l'accès à l'emploi local aux conjoints et partenaires d'un citoyen Calédonien, aux résidents de longue durée et leurs conjoints et partenaires<sup>90</sup>. Mais si une telle exception peut se concevoir pour l'accès à un droit particulier, elle aurait moins de sens prévue pour l'ensemble du droit civil. Dès lors, envisager dans la durée la citoyenneté comme critère de rattachement pour l'application du droit civil suppose, pour cet aspect également, qu'elle soit redéfinie autant pour sa finalité, les liens qu'elle crée ainsi entre la personne et la collectivité et, partant, ses conditions d'accès<sup>91</sup>. Et cette nécessaire redéfinition ne pourra véritablement s'engager que par une parfaite compréhension des conséquences attachées à cette citoyenneté calédonienne du destin commun.

Une troisième difficulté tient au fait que la citoyenneté, si elle devait être érigée comme critère de principe pour l'application du droit civil calédonien, devrait être immédiatement prévue une exception pour les citoyens calédoniens de statut coutumier<sup>92</sup>. Sans cette exception, la règle de conflit ainsi formulée serait tout simplement inconstitutionnelle au regard des articles 75 et 77 de la Constitution et de l'accord de Nouméa.

Enfin, donner ainsi une conséquence à la citoyenneté qu'elle n'a pas traditionnellement créée une difficulté théorique. Outre qu'elle trouble en soi la notion même de citoyenneté<sup>93</sup>, cette conception élargie ne peut s'envisager dans la durée qu'en fonction de l'issue de l'accord de Nouméa. Si dans le cadre d'une transformation de la citoyenneté en nationalité cette extension du domaine de la citoyenneté revêt un sens, c'est moins évident dans le cadre d'un maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la France. Dans cette seconde hypothèse, conserver

86 - *Ibid.*

87 - Retenu strictement, ce critère exclurait également les « citoyens référendaires » qui ne seraient pas citoyens au sens de l'article 4 de la loi n° 99-209. Les conditions posées par les articles 188 et 218 de la loi n° 99-209 étant différentes, cette hypothèse n'est pas fictive : voir É. Cornut, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », préc., spéc. n° 36.

88 - Sauf à prévoir comme second critère le domicile en Nouvelle-Calédonie, mais ce serait réduire l'intérêt du critère de la citoyenneté qui n'aurait alors pour seule conséquence que de rendre applicable le droit calédonien aux citoyens résidant hors de Nouvelle-Calédonie.

89 - Cf. *supra*, I.B.2.

90 - Art. Lp. 451-2-1 du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie.

91 - Cf. *supra*, I.B.2.

92 - Les Kanak représentent environ 40 % de la population de Nouvelle-Calédonie, selon le recensement de 2014, source ISEE : <http://www.isee.nc/population/recensement/communautaires>. Si tous ne sont pas de statut coutumier, ils le sont néanmoins dans leur très grande majorité.

93 - Trouble cependant relatif au regard des « nouvelles » figures de la notion : D. Schnapper, « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs* 2017/1 (n° 160), p. 61 et s.



une « citoyenneté calédonienne » différente de la citoyenneté française n'aura de sens que si une discrimination électorale devait être maintenue entre citoyens français et français-calédonien.

C'est pourquoi il nous semble qu'au lieu de la citoyenneté, il serait préférable de parler en termes de « statut civil calédonien », né du transfert de la compétence du droit civil<sup>94</sup>, ou de « citoyenneté statutaire »<sup>95</sup>. Devant être consacré par la loi organique qui seule est compétente pour reconnaître un statut civil particulier au sens de l'article 75 de la Constitution et pour définir ses conditions d'accession et ses effets, ce statut civil calédonien pourrait, en concurrence avec les autres facteurs de rattachement que sont le domicile, la résidence ou l'autonomie de la volonté, porter l'identité calédonienne, de la même façon que le statut coutumier porte l'identité kanak. Cette coexistence de deux statuts particuliers en Nouvelle-Calédonie découle, on l'a dit, de la coexistence de plusieurs identités qui ne seront en aucune façon annihilées par la recherche d'une identité commune. Cette dernière pourra s'exprimer par la recherche de valeurs communes, prémisses d'un droit en partage sur certaines questions.

## CONCLUSION

Le pluralisme des identités et – partant – des droits en Nouvelle-Calédonie suppose de redéfinir autant la place reconnue à chacune d'elles que la manière dont les droits qui en sont la conséquence peuvent s'articuler entre eux. Le pluralisme juridique calédonien et les conflits de cultures qu'il peut entraîner appellent un traitement équilibré, notamment par l'exploitation du pluralisme des méthodes qu'offre le droit international privé. Les travaux qui ces dernières années ont été publiés sur la question le montrent : aucune des deux voies classiques ne permet de résoudre efficacement le pluralisme juridique calédonien. La voie de l'unité ou de l'assimilation, si elle est possible dans la recherche de grandes valeurs communes, échouera dans sa quête d'uniformité. La voie de la différenciation, régie par des règles de conflits internes de normes, ne peut complètement répondre aux enjeux du destin commun. D'autres voies méthodologiques méritent ainsi d'être explorées. Et c'est sans doute par la recherche d'un équilibre entre ces différentes méthodes que sera préservé l'équilibre des identités dans le destin commun.

---

94 - É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc., n° 8 et s.

95 - É. Cornut, « La citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie selon l'issue de l'Accord de Nouméa », préc.

## Vers un droit à l'unité du statut personnel et familial dans les situations internationales ?<sup>1</sup>

**Christine Bidaud**

Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE), de 2015 à 2019

107

On dit traditionnellement que l'objectif du droit international privé est la coordination des systèmes juridiques, la recherche de l'harmonisation des solutions. Autrement dit, lorsqu'une situation présente un élément d'extranéité, le droit et les autorités d'un État donné doivent prendre en compte cet élément et créer des règles et des mécanismes aptes à permettre la désignation de la loi la plus légitime à régir cette situation, fut-ce la loi étrangère. On parle de conflits de lois, de règles de conflit de lois, d'éléments de rattachement, de renvoi... bref d'un panel d'instruments qui sont censés tendre à la coordination des systèmes juridiques. Mais tous ces mécanismes n'empêchent pas les situations dites « boiteuses » même lorsque les règles de conflit ont été unifiées par une convention internationale ou un règlement de l'Union européenne.

Lorsque les règles de conflit ont été élaborées par le législateur interne, elles sont fatalement empreintes de considérations propres à la culture d'un pays, à son histoire et à ses traditions. Il ne faut pas perdre de vue que, dans cette hypothèse, les règles de conflit de lois n'ont d'international que l'objet du droit, pas sa source. La France aura tendance à faire primer la nationalité là où les pays anglo-saxons ou scandinaves feront primer le domicile. Dès lors, il n'est pas rare de se retrouver dans des situations telles que celles qui ont donné lieu à l'arrêt *Grunkin* et *Paul* de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)<sup>2</sup>. Dans cette affaire, un couple allemand marié avait donné naissance à un enfant, également de nationalité allemande, au Danemark. Lors de la déclaration de naissance de l'enfant aux autorités danoises, celles-ci ont appliqué leur propre règle de conflit de lois qui, en substance, désignait la loi de la résidence pour régir la transmission du nom à l'enfant. Ainsi, en vertu de la loi matérielle danoise, l'enfant pouvait recevoir les noms de ses deux parents accolés. Lorsque les parents ont demandé l'inscription de leur enfant sur leur livret de famille allemand aux autorités allemandes, celles-ci ont refusé d'inscrire Grunkin-Paul comme nom de famille de l'enfant. Elles ont en effet appliqué leur propre règle de conflit, *i. e.* la loi nationale, et ont donc désigné le droit matériel allemand. Selon la législation allemande de l'époque, lorsque les parents n'avaient pas choisi de nom d'époux, l'enfant pouvait porter soit le nom du père, soit le nom de la mère mais pas les deux en même temps. Sans l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne, l'enfant aurait été voué à porter des noms de famille différents d'un

1 - Contribution mise à jour en décembre 2018.

2 - CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff. C-353/06 : *Rev. crit. DIP*, 2009, 80, note P. Lagarde ; *JDI*, 2009, p. 203, note L. d'Avout ; *JCP*, 2009, 10071, note A. Devers ; *Dr. fam.*, 2009, Comm. 50, note F. Viangalli ; *AJ fam.*, 2008, p. 481, obs. Boiché ; *Europe*, 2008, Comm. 431, obs. L. Idot.

côté et de l'autre de la frontière germano-danoise, ce qui aurait inévitablement engendré des difficultés en termes de preuve de l'identité et de circulation internationale des personnes.

Lorsque les règles de conflit ont été unifiées par une norme *supra* nationale, certaines difficultés sont évitées, mais pas toutes. À titre d'exemple, on peut citer la question de la double nationalité lorsque la règle de conflit retenue par la norme internationale désigne la loi personnelle. Selon la manière dont le conflit de nationalités sera tranché (nationalité du for, nationalité la plus effective ou encore nationalité choisie par le ou les intéressés), le droit matériel applicable peut ne pas être le même malgré l'unification des règles de conflit de lois. En outre, quelle que soit la norme internationale ou européenne en cause, elle contient toujours la réserve de l'ordre public. Cela signifie que si la situation ou l'état de la personne créé à l'étranger heurte les valeurs de l'État dans lequel ils sont allégués, cet État est en droit de refuser tout effet à la situation ou à l'état en cause. L'état matrimonial, la filiation, le nom de famille peuvent alors varier d'un État à l'autre. Et il n'est pas besoin d'être un juriste spécialiste de droit international privé pour comprendre les méandres dans lesquels les personnes peuvent être plongées lorsque leur état change par le simple passage d'une frontière... Dans un pays donné, une personne adopte un enfant, ou bien a recours à une mère porteuse conformément au droit de cet État et elle obtient des documents officiels des autorités locales consacrant le lien de filiation qui la relie à son enfant. Puis, cette personne traverse la frontière et/ou s'installe dans un autre État qui affirme alors que cet enfant n'est pas le sien parce que tel type d'adoption n'est pas reconnu ou bien parce que la gestation pour autrui est prohibée. La même chose se produit avec les mariages, spécialement entre personnes de même sexe : marié dans un État mais non dans l'autre... Ou encore avec certains divorces : divorcé dans un pays, mais toujours marié dans l'autre...

Ces situations dites « boiteuses » ont longtemps été considérées comme « normales » ou du moins comme inévitables. Chaque État est souverain et c'est à lui de dire ce qui est acceptable sur son territoire et ce qui ne l'est pas, même en présence d'éléments d'extranéité. En outre, on considérerait que, par principe, l'état des personnes était indisponible, qu'il y avait des règles impératives que l'on imposait aux individus au nom de différentes valeurs considérées comme supérieures dans l'État considéré. Du point de vue du droit international privé, cette considération se doublait d'un rattachement de principe de l'état des personnes à la loi personnelle. Dès lors, pour les Français, au terme d'un raisonnement conflictuel désignant le droit matériel français comme compétent, les autorités françaises considéraient le plus souvent comme sans effet en France l'état de la personne constitué à l'étranger en vertu d'un droit substantiel étranger.

Sous l'influence de l'évolution des mœurs et de la société, au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles, l'appréhension de la notion d'état des personnes a changé. Cette évolution se constate d'abord quant à la nature même de l'état des personnes. Depuis un certain nombre d'années, les revendications sociétales s'inscrivent dans la mouvance du libre choix par chacun pour lui-même et pour ses proches. Le législateur a pris en compte ce changement de paradigme et l'on ne compte plus aujourd'hui les textes relatifs au droit des personnes et de la famille dont les modifications ont permis aux intéressés de disposer d'une liberté bien plus importante qu'avant (libre choix du prénom, possibilité de transmettre à l'enfant le nom de ses deux parents, divorce de plein droit après deux ans de séparation, mariage avec une personne de même sexe, choix anticipé du tuteur ou du curateur pour soi ou ses enfants, création du mandat de protection future, possibilité de changer de sexe sans processus médical irréversible mais par la preuve de la correspondance du sexe revendiqué avec la vie sociale et

personnelle de l'individu, divorce par consentement mutuel déjudiciarisé...). D'un état de la personne par nature indisponible, on est passé aujourd'hui à une quasi-disponibilité ou du moins à une disponibilité encadrée<sup>3</sup>. Au-delà, les éléments de l'état des personnes (état matrimonial, filiation, nom de famille, sexe, etc.) font parties de l'identité de la personne au sens objectif comme au sens subjectif. Ils n'ont pas seulement vocation à permettre son individualisation et ne sont pas uniquement des instruments de police civile. Ils reflètent également les choix des individus, ceux de leurs parents, de leur compagnon, leur histoire personnelle et familiale, autrement dit leur identité au sens subjectif du terme. Analysé au prisme des droits fondamentaux, l'état des personnes apparaît comme une composante, voire comme la matière même, du droit à l'identité. Certes ce droit n'est pas consacré en tant que tel par les textes protecteurs des droits de l'homme. Il découle du droit au respect de la vie privée. Pour autant, on ne compte plus le nombre de décisions, spécialement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) en faisant état. Et s'il est certain que « l'identité personnelle et familiale ne peut avoir un contenu multiple ou variable, ni devenir « boîteuse » au gré des systèmes de droit concernés »<sup>4</sup>, quelle signification donner à ce droit à l'identité considéré dans une perspective internationale ? Se traduit-il dans le langage du droit international privé par un droit à l'unité du statut personnel et familial ? Les grandes libertés consacrées par l'Union européenne, et spécialement la liberté de circulation, ne tendent-elles pas elles aussi vers la consécration d'un tel droit ? Du point de vue des individus, il s'agirait d'un droit à la reconnaissance de leur statut personnel et familial en quelque lieu qu'ils se trouvent, sans considération de l'État dans lequel l'élément de leur statut a été constitué et du droit appliqué à sa constitution. Du point de vue des États, il s'agirait d'une obligation de reconnaissance du statut personnel et familial au nom du droit à l'identité. Or, la considération d'un droit fondamental, *i. e.* le droit à l'identité, en termes de droit international privé, *i. e.* la question de la circulation internationale des personnes et de leur statut, conduit inéluctablement à une hybridation des principes et des droits (I). En admettant qu'un tel droit existe, comment en assurer le respect lorsqu'il existe un élément d'extranéité qui commande l'application du droit international privé et, partant, lorsqu'il est possible que la méthode conflictuelle classique conduise à nier l'efficacité d'un élément de l'identité personnelle et/ou familiale ? Pour comprendre ce droit à l'identité dans sa dimension internationale et pour en assurer le respect il semble nécessaire d'accepter de faire interagir différentes branches du droit ensemble et de constater qu'une hybridation des méthodes de raisonnement peut conduire à une solution équilibrée évitant autant que possible les situations boiteuses (II).

## I. L'HYBRIDATION DES PRINCIPES ET DES DROITS

Au-delà du principe de permanence de l'état des personnes, les fondements d'un droit à l'unité du statut personnel et familial semblent se trouver à la fois dans l'internalisation des droits de l'homme et dans les libertés consacrées par le droit de l'Union européenne (A). L'absolutisme d'un tel droit pose alors question tant ses ramifications sont nombreuses (B).

3 - Sur ce point, voir Ph. Guez, « Indisponibilité de l'état des personnes vs. Libertés individuelles ? », cet ouvrage, *supra*.

4 - A. Bucher, 2009, *La dimension sociale du droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, t. 341, n° 71, p 122.

## A. Les fondements d'un droit à l'unité du statut personnel et familial

Si le droit au respect de l'identité peut assurément servir de fondement à un droit à l'unité du statut personnel et familial, il n'est pas le seul. Du côté de l'Union européenne, c'est d'abord de la liberté de circulation au sein de l'espace européen que pourrait découler ce droit.

Il existe une communauté de contenu entre les éléments protégés par le droit à l'identité et ceux inclus dans le statut personnel et familial. Ainsi, les éléments qui composent ce dernier (le nom, le prénom, le sexe, le statut matrimonial, la filiation, etc., ce que l'on nomme souvent l'état d'une personne) sont tous liés à l'identité des individus au sens du droit à l'identité<sup>5</sup>. Et réciproquement, les éléments protégés par le droit à l'identité appartiennent à la catégorie du statut personnel et familial en droit international privé. Cette communauté de contenu permet-elle d'assimiler le droit à l'identité à un droit à l'unité du statut personnel et familial ?

La Cour EDH ne se pose jamais cette question et raisonne uniquement en termes de droit à l'identité ou de droit au respect de l'identité qu'elle déduit du droit au respect de la vie privée et familiale et qu'elle protège au titre de l'article 8 de la Convention EDH. Mais dans un certain nombre d'arrêts de la Cour EDH, la situation comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité. Ainsi, les affaires *Mennesson*<sup>6</sup>, *Labassée*<sup>7</sup>, *Foulon et Bouvet*<sup>8</sup>, *Paradiso et Campanelli*<sup>9</sup> ou encore *Laborie et autres*<sup>10</sup> font toutes état de la reconnaissance dans un État de la filiation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui. Dans l'arrêt *Burghartz vs. Suisse*<sup>11</sup>, c'est la double nationalité germano-suisse du requérant et la différence de législation relative au nom en Allemagne et en Suisse qui avait provoqué une difficulté quant au nom de famille que le requérant pouvait porter. On voit donc que la Cour EDH statue sur le droit au respect de l'identité dans des affaires comportant des éléments d'extranéité. Nul doute alors qu'elle entend que le droit à l'identité soit respecté par la législation et la jurisprudence des États membres du Conseil de l'Europe quel que soit le contexte national ou international de l'affaire. Et si, d'une part, les éléments protégés par le droit à l'identité sont ceux composant le statut personnel et familial, et si, d'autre part, ce droit à l'identité vaut dans les situations internationales comme dans les situations internes, le droit à l'unité du statut personnel et familial ne serait-il pas alors la formulation du droit à l'identité dans un contexte international ?

5 - Pour une étude des arrêts de la Cour EDH sur les éléments rattachés à l'identité, voir A. Dionisi-Peyrusse, « La protection de l'identité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », cet ouvrage, *supra*.

6 - CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 : *D.*, 2014, 1797, note F. Chénéde, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1806, note L. d'Avout, *JDI*, 2014, comm. 16, note J. Guillaumé, *RTD civ.*, 2014, 616, obs. J. Hauser. Adde H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ? À propos de la filiation des enfants nés par GPA... », *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 1.

7 - CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n° 65941/11, *ibid*.

8 - Cour EDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et 10410/14 : *Dr. fam.*, 2016, comm. 101, note H. Fulchiron, *AF Fam.*, 2016, 416, obs. A. Dionisi-Peyrusse, *RTD civ.*, 2016, 819, obs. J. Hauser.

9 - Cour EDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12 : *D.* 2017, 215, obs. F. Granet-Lambrecht, *Daloz* 2017, 663, chron. F. Chénéde, *Dr. fam.*, 2017, Études, n° 4, note A. Dionisi-Peyrusse, *JDI*, 2017, comm. n° 9, note H. Fulchiron.

10 - Cour EDH 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, n° 44024/13 : *Dr. fam.*, 2017, comm. 34, note H. Fulchiron ; *AJ Fam.*, 2017, 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

11 - CEDH, *Burghartz c/ Suisse*, 22 fév. 1994, n° 16213/90 : *Daloz* 1995, p. 5, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 1994, p. 563, obs. J. Hauser.

Pour ce qui est de la CJUE, elle ne statue pas en visant un droit à l'identité. Ses décisions sont fondées sur la liberté de circulation et/ou sur l'interdiction des discriminations, mais font toutefois référence à la preuve de l'identité ou au risque de confusion sur l'identité. Pour autant, au regard de certaines décisions impliquant un contexte international, il semble que la Cour tende, elle aussi, vers un droit à l'unité du statut personnel. Pour s'en convaincre, on rappellera les affaires *Carlos Garcia Avello* contre Belgique<sup>12</sup> et *Grunkin et Paul* contre Allemagne<sup>13</sup>. Les difficultés techniques étaient certes différentes dans les deux affaires (double nationalité, conflit de droits matériels et demande de changement de nom afin de le faire correspondre à celui attribué par application du droit d'un autre État membre dans la première ; national d'un État membre résidant dans un autre État membre, différence de règles de conflit de lois et demande de reconnaissance du nom attribué par un autre État membre dans la seconde), mais dans les deux cas la CJUE a obligé un État membre à reconnaître le nom que l'individu pouvait porter en vertu du droit d'un autre État membre. Dans la première affaire, la Cour a affirmé que :

*[...] les articles 12 CE et 17 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre.*<sup>14</sup>

Et dans la seconde, la Cour a précisé que :

*L'article 18 CE s'oppose, dans des conditions telles que celles de l'affaire au principal, à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre*<sup>15</sup>.

Dans les deux cas, la solution de la Cour visait à garantir aux enfants concernés qu'ils porteraient le même nom de famille dans tous les États membres de l'Union européenne. Dans l'affaire *Grunkin et Paul*, la Cour insiste fortement sur la question de la preuve de l'identité en décrivant toutes les difficultés auxquelles peuvent être confrontées des personnes ne portant pas le même nom de famille dans un État et dans un autre<sup>16</sup>. Il y aurait donc *a minima* un droit à l'unité du nom de famille que l'on pourrait rattacher au droit au respect de l'identité.

Peut-on aller plus loin et étendre cette solution à l'intégralité du statut personnel et familial ? Quelle serait la position de la CJUE si elle était saisie de questions impliquant à la fois la liberté de circulation et la reconnaissance par un État membre d'une union entre personnes

12 - CJCE 2 octobre 2003, *Garcia Avello c. Belgique*, aff. C-148/02 : *JDI*, 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto, *Dalloz* 2004, p. 1476, note M. Audit ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 192, note P. Lagarde ; *AJDA* 2004, p. 1076, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *RTD civ.* 2004, p. 62, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2004, p. 559, note A. Iliopoulou.

13 - *Grunkin et Paul*, préc.

14 - *Garcia Avello*, préc. § 45.

15 - *Grunkin et Paul*, préc. § 40.

16 - *Grunkin et Paul*, préc. § 23 à 28.

de même sexe célébrée dans un autre État membre ou bien de la filiation des enfants nés d'un contrat de gestation pour autrui établie dans un autre État membre ? Si le fait de n'avoir pas le même nom de famille dans tous les États membres est une atteinte à la liberté de circulation, il y a de fortes chances pour que l'absence de reconnaissance de son mariage ou d'un lien de filiation le soit aussi. On voit difficilement comment circuler d'un État membre à l'autre, plus encore comment s'installer dans un autre État membre avec son conjoint et/ou ses enfants, si le droit de l'État membre d'installation considère les membres de la famille comme des étrangers les uns par rapport aux autres... Les conséquences qui s'ensuivraient (absence de droit et d'obligation entre époux, absence de régime matrimonial, absence de droit du conjoint survivant, absence d'autorité parentale, absence de vocation successorale, etc. et, au-delà, atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale) seraient telles qu'elles représenteraient probablement une atteinte à la libre circulation des personnes.

La question demeure entière quant à la filiation résultant d'une gestation pour autrui. En revanche, la CJUE, invoquant à la fois la liberté de circulation et la protection de la vie familiale, a franchi un pas dans l'arrêt *Coman* du 5 juin 2018<sup>17</sup> pour ce qui est du mariage entre personnes de même sexe. En l'espèce, un citoyen européen à la fois roumain et américain s'était temporairement établi en Belgique et y avait épousé un Américain conformément au droit belge. Alors que le couple souhaitait aller s'installer en Roumanie, le conjoint américain s'était vu opposer un refus de titre de séjour d'une durée supérieure à trois mois. Selon les autorités roumaines, il ne pouvait pas être considéré en Roumanie comme le conjoint d'un citoyen de l'Union, leur droit interne n'autorisant pas les mariages entre personnes de même sexe. Interrogée par la Cour constitutionnelle roumaine, la CJUE a considéré que :

*[...] dans une situation dans laquelle un citoyen de l'Union a fait usage de sa liberté de circulation, en se rendant et en séjournant de manière effective, conformément aux conditions prévues à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, et a développé ou consolidé à cette occasion une vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers de même sexe, auquel il s'est uni par un mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil, l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe [...].*

Dans cette décision, la Cour n'oblige donc pas les États membres à reconnaître le mariage entre personnes de même sexe en tant que tel. En revanche, elle les oblige à accorder au conjoint de même sexe un droit de séjour au nom de la liberté de circulation du conjoint citoyen européen et de la protection de sa vie familiale. Dit autrement, il ne s'agit pas d'une

17 - CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 : D. 2018, p. 1207 ; *AJDA*, 2018, p. 1127 ; *AJ Fam.*, 2018, 404, obs. G. Kessler ; *Dalloz*, 2018, p. 1674, comm. H. Fulchiron et A. Panet ; *RTD eur.*, 2018, n° 3, p.673, comm. E. Pataut ; M. Fallon, *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018.

obligation de reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe, mais d'une obligation de prise en compte de ce mariage dans le domaine précis des titres de séjour à accorder au conjoint de même sexe d'un citoyen européen. Reste que les arguments avancés par la CJUE sont assez largement susceptibles d'ouvrir la voie à une extension de la solution à d'autres domaines, voire à sa généralisation<sup>18</sup>...

On remarquera également que les domaines dans lesquels les États membres ne sont pas parvenus à élaborer un règlement commun, voire n'essaient même plus d'élaborer un tel texte, en raison des différences importantes existant entre les droits internes (on serait tenté de dire entre les valeurs culturelles et sociétales internes qui forment l'identité de chaque État), reviennent sur le devant de la scène juridique européenne *via* la CJUE<sup>19</sup>. Dans ce cas, il ne s'agit plus de savoir si les États membres sont d'accord ou non pour créer un texte commun visant à unifier leurs règles de conflit et/ou de reconnaissance, la reconnaissance de l'état de la personne et les effets de cet état pourraient leur être imposés au nom de la liberté de circulation et d'installation des citoyens européens dans n'importe quel État membre. Il y aurait alors un véritable droit à l'unité du statut personnel et familial au sein de l'Union européenne découlant de la liberté de circulation.

Si l'on admet qu'un droit à l'unité du statut personnel et familial existe, ou au moins est en devenir, se pose toutefois la question de ses limites. S'agit-il d'une sorte de « super-droit » permettant d'imposer son statut personnel et familial, et au-delà son identité au sens objectif et subjectif du terme, en quelque lieu que l'on se trouve ?

### B. La création d'un droit absolu ?

L'absolutisme d'un droit à l'unité du statut personnel et familial peut revêtir deux sens. Dans le premier, l'absolutisme découlerait de la définition extrêmement large de l'identité donnée par la Cour EDH. La Cour inclut dans l'identité à la fois des éléments objectifs dits « identifiants », tels que le nom ou le prénom, mais aussi des éléments subjectifs comme la religion<sup>20</sup>. Plus encore, les dernières décennies ont été marquées par un mouvement de subjectivisation de l'identité. D'une part, l'identité n'est plus seulement celle qui est inscrite dans les documents officiels (cartes d'identité, passeports, registres de l'état civil, etc.), elle comprend également des éléments de l'ordre des besoins psychologiques de la personne. La Cour EDH fait ainsi référence à « un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel »<sup>21</sup>. D'autre part, ce sont les éléments objectifs, traditionnellement décrits comme indisponibles, immuables et imprescriptibles qui se sont subjectivisés<sup>22</sup>. La question du sexe en est sans doute l'exemple

18 - Sur cette possible généralisation de la solution, voir H. Fulchiron et A. Panet, comm. sous CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, *précit.*

19 - Sur les difficultés de conciliation des différentes identités, voir S. Corneloup, 2016, « Identité nationale et identité européenne », in S. Bollée et E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, tome 72, p. 175. Adde, H. Muir-Watt, « Identité et droit international privé dans la globalisation : introduction », *ibid.*, p. 5.

20 - CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 2014, *SAS c/ France*, n° 43835/11 : *Dalloz* 2014.1701, note C. Chassang ; *Revue des droits de l'Homme*, <http://journals.openedition.org/revdh/862>, note C. Ruet ; *JCP G*, 2014, p. 814, note H. Surrel, *AJDA* 2014, p. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *ibid.*, p. 1866, étude P. Gervier ; *RSC*, 2014, p. 626, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 2014, p. 620, obs. J. Hauser ; *RTD eur.*, 2015, 95, chron. P. Ducoulombier.

21 - Voir par ex. CEDH, *Odièvre c/ France*, 13 fév. 2003, n° 42326/98, V. Bonnet, *RTDH*, 58/2004, p. 405.

22 - Sur ce mouvement de subjectivisation de l'état des personnes, voir not. D. Gutmann, 2000, *Le sentiment d'identité*.



le plus significatif. Cet élément de l'état des personnes est passé en quelques décennies de la catégorie de donnée factuelle et biologique, à celle d'élément devant correspondre à l'apparence publique et au ressenti de la personne<sup>23</sup>. Le sexe de naissance peut aujourd'hui être modifié s'il ne correspond pas au vécu intime de la personne, à l'expression de son identité telle qu'elle la vit et la perçoit. Dès lors, si l'on admet que le droit à l'unité du statut personnel et familial est l'expression du droit à l'identité dans un contexte international, une sorte de droit au respect de son identité sans frontière, il serait empreint d'absolutisme tant le champ qu'il recouvre est large.

Dans un second sens, l'absolutisme du droit à l'unité du statut personnel et familial pose la question de ses limites. S'agit-il d'un droit absolu au point que les États ne disposent d'aucun moyen pour refuser de reconnaître le statut personnel et familial d'un individu tel qu'il a été constitué dans un autre État ? Plusieurs mécanismes semblent pouvoir servir de rempart contre cette toute puissance, quoique leur efficacité soit à relativiser.

La première limite à laquelle on peut songer est la fraude. Lorsque l'état de la personne a été constitué par fraude, il est logique de ne pas laisser cet état produire ses effets. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une fraude au sens juridique du terme, *i. e.* au sens du droit civil ou du droit international privé<sup>24</sup> et que l'inopposabilité qui la sanctionne traditionnellement ne touche que l'auteur de la fraude. Or on se souviendra à quel point le recours à cette notion avait été contesté lorsque la Cour de cassation l'avait utilisée pour refuser tout effet à la filiation des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui<sup>25</sup>. La Cour avait été jusqu'à affirmer qu'« en présence de la fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ». On voit bien que non seulement le maniement de ce mécanisme juridique est extrêmement ardu mais, qu'en plus, son utilisation en matière de filiation des enfants nés d'une convention de mère porteuse à l'étranger revient à la violation des droits fondamentaux des enfants, *i. e.* d'autres personnes que ceux à qui l'on pourrait reprocher une fraude. Aussi, si l'on conçoit aisément qu'en cas de falsification documentaire, on puisse écarter des écrits erronés et en particulier des actes de l'état civil, il est en revanche bien plus délicat d'utiliser l'arme de destruction massive qu'est la fraude pour refuser de faire produire ses effets à un état de la personne constitué à l'étranger conformément au droit de cet État.

---

*Études de droit des personnes et de la famille*, Bibl. dr. priv., t. 327, préf. Fr. Terré, LGDJ ; A.-M. Leroyer, 2004, « La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, p. 247 ; Cl. Neirinck (dir.), 2008, *L'état civil dans tous ses états*, LGDJ.

23 - En ce sens, voir les articles 61-5 et s. du Code civil issus de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite réforme J21. Sur ce point, voir Ph. Guez, cet ouvrage, *supra*.

24 - Sur ce point, voir H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit, À propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », *Dalloz*, 2013, p. 2349

25 - Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 P et 12-30.138 P : *Dalloz*, 2013. 2382, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2377, avis C. Petit ; *ibid.* 2384, note M. Fabre-Magnan ; *ibid.* 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.*, 2013, 579, obs. F. Chénéde ; *ibid.*, 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.*, 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *Rev. crit. DIP*, 2013. 909, note P. Hammje ; *RTD civ.*, 2013. 816, obs. J. Hauser ; Adde H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Dans les limbes du droit, A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse », préc.

La deuxième limite est celle de l'ordre public international des États. L'exception d'ordre public ou l'utilisation de l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance sont d'ailleurs inscrites dans toutes les conventions internationales et les règlements européens. Il ne peut d'ailleurs en être autrement, sinon, il serait impossible de faire accepter la moindre norme internationale ou européenne aux États. L'ordre public trouve également un écho tant dans la jurisprudence de la Cour EDH que dans celle la CJUE. L'une comme l'autre acceptent parfois une restriction des droits fondamentaux et spécialement une atteinte au droit au respect de l'identité de l'intéressé, au nom des valeurs que défend l'ordre public de l'État en cause dans l'affaire sur laquelle elles doivent statuer. Les méthodes sont différentes (atteinte prévue par la loi et justifiée, proportion de la mesure par rapport au but légitime poursuivi, balance des intérêts en présence...), mais toutes participent à la même idée de respect de l'ordre public de l'État incriminé, autrement dit de respect des valeurs qu'il souhaite défendre. Cependant depuis un certain nombre d'années, les cours supra nationales n'hésitent plus à porter des jugements critiques sur l'ordre public des États et à restreindre leur liberté dans sa définition. On a ainsi pu voir la Cour EDH affirmer que « l'ordre public ne saurait toutefois passer pour une carte blanche justifiant toute mesure »<sup>26</sup>. Quant à la CJUE, elle a précisé que l'ordre public ne pouvait être invoqué que lorsque l'atteinte constitue « une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique »<sup>27</sup>. Elle a également indiqué que « la notion d'« ordre public » en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union. Il en découle que l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».<sup>28</sup>

Il ne suffit donc pas d'arguer de l'ordre public, il faut également démontrer que les valeurs profondes de l'État, celles qui constituent le cœur de son identité nationale, sont atteintes par l'état de la personne qu'on lui demande de reconnaître. Il n'est pas question de dire que les décisions privilégient systématiquement les droits fondamentaux de l'individu et partant l'unité de son statut personnel et familial. Dans plusieurs décisions de la Cour EDH ou de la CJUE, il a été jugé que l'État était en droit de ne pas vouloir reconnaître ou de ne pas faire produire effet à tel ou tel élément de l'état d'une personne constitué à l'étranger<sup>29</sup>. En revanche, il faut démontrer une atteinte aux valeurs essentielles de l'État pour que l'invocation de l'ordre public puisse jouer son rôle de rempart contre l'absolutisme d'un droit à l'unité du statut personnel et familial.

26 - CEDH, 2<sup>e</sup> section, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 27 janvier 2015, req. n° 25358/12 préc.

27 - CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98 : *RTD Civ.*, 2000, p. 944, obs. J. Raynard ; *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 481, note H. Muir-Watt ; *JDI*, 2001, p. 690, obs. A. Huet ; *JCP*, 2001, 10607, obs. C. Nourissat.

28 - CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16, préc.

29 - Pour la CJUE, voir par exemple, CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* ; *AJDA*, 2011, p. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RTD Civ.*, 2011, p. 98, obs. J. Hauser ; *JDI*, 2011, p. 639, note J. Heymann ; *JCP*, 2011, p. 111, obs. F. Picod ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. E. Pataut. Pour la Cour EDH, voir par exemple, CEDH grande chambre, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n° 25358/12, 24 janvier 2017 : H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction », préc. ; *Dalloz* 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrecht ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *ibid.* p. 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Enfin, on pourrait trouver une troisième limite à l'absolutisme d'un droit à l'unité du statut personnel et familial dans l'absence de vision uniforme des droits fondamentaux. On rejoint ici la question de l'ordre public interne et celle des valeurs qui forment l'identité culturelle de chaque État<sup>30</sup>. L'exemple du mariage entre personnes de même sexe en est une parfaite représentation. Qu'un droit au mariage existe et soit garanti par l'article 12 de la Convention EDH et par l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne signifie pas que les États sont obligés d'autoriser dans leur loi nationale le mariage entre personnes de même sexe. La Cour EDH l'a d'ailleurs rappelé en 2016 dans son arrêt *Chapin et Charpentier c. France*<sup>31</sup>. Dans cette affaire, comme dans bien d'autres, la Cour EDH met en avant l'absence de consensus au niveau européen sur la question. Autrement dit, la Cour respecte les principes et les valeurs propres à chaque État et ne les force pas à avoir une nouvelle interprétation d'un droit fondamental tant qu'un consensus ne se dégage pas au niveau des États membres. Pour autant, jusqu'à l'affaire *Orlandi* du 14 décembre 2017<sup>32</sup>, les affaires que la Cour EDH avait eu à juger n'impliquaient pas de contexte international. Autrement dit, il s'agissait toujours de la question de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe dans la loi nationale et jamais de la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger conformément à la loi étrangère. Dans cette hypothèse, le débat ne porte pas tant sur le droit au mariage que sur le droit au respect de la vie privée et familiale, notamment dans sa dimension relative au droit au respect de l'identité. En effet, il s'agit de savoir si les États, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale, sont tenus de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger conformément au droit étranger.

Saisie de la question dans l'affaire *Orlandi*, la Cour, dans la suite logique de sa jurisprudence *Oliari et autres c. Italie*<sup>33</sup>, a estimé que c'est l'absence de reconnaissance d'un statut juridique aux couples de même sexe qui porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés et non l'absence de reconnaissance de ces mariages en tant que mariage<sup>34</sup>. La Cour s'attache ainsi davantage à la reconnaissance d'un statut juridique à peu près équivalent au mariage qu'à la reconnaissance de l'union des personnes de même sexe en tant que mariage. Si de prime abord on pourrait être tenté d'en déduire que la Cour EDH n'impose pas aux États de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe, la solution semble devoir être nuancée. En effet, si la Cour n'oblige pas à reconnaître le mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger en tant que mariage, elle contraint tout de même à admettre ce mariage dans une catégorie juridique du droit interne que les États doivent avoir dans leur législation depuis l'arrêt *Oliari*. Dans cette affaire, l'Italie avait été condamnée

30 - Pour ce qui est de l'identité de chaque État face aux principes de l'Union européenne, voir L. Rass-Masson, 2015, « Les fondements du droit international privé européen de la famille », thèse dactyl., Paris 2.

31 - CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, req. n° 40183/07 : *Dalloz*, 2017, p. 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.*, 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne ; *RTD civ.*, 2016, p. 590, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 797, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP*, 2016, p. 760, obs. F. Sudre. voir égal. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04 : *D.*, 2011, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.*, 2010, p. 333 ; *RFDA*, 2011, p. 987, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 765, obs. J. Hauser.

32 - CEDH, 14 déc. 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, affaires n° 26431/12 : *Dalloz*, 2018, p. 446, note H. Fulchiron ; *ibid.*, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1104, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ Fam.*, 2018, p. 128, obs. F. Berdeaux ; *RTD civ.*, 2018, p. 81, obs. A.-M. Leroyer.

33 - CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, affaires n° 18766/11 et 36030/11, *Dalloz*, 2015, p. 2160, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.*, 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

34 - *Orlandi*, § 193 et s., spéc. § 196 et § 209.

pour ne pas avoir prévu dans sa législation interne un statut juridique pour les couples de même sexe. Autrement dit, peuvent aujourd'hui être condamnés non seulement les États ne prévoyant pas dans leur législation interne de statut juridique pour les couples de même sexe, mais aussi les États qui n'acceptent pas d'élargir leur catégorie interne « union civile » pour y inclure les mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger. Quant aux États qui ne connaissent pas le partenariat civil entre personnes de même sexe (quel que soit le nom que la législation interne lui donne), ils pourraient être condamnés en plus pour refus de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe : la catégorie « union civile entre personnes de même sexe » n'existant pas dans leur droit interne, ils ne peuvent accepter de l'élargir pour y inclure les mariages entre personnes de même sexe. L'atteinte aux droits fondamentaux est ici double. L'absence de consensus sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ne peut donc servir de rempart à une condamnation des États que dans la mesure où ils connaissent dans leur droit interne un système d'union civile et qu'ils acceptent de ranger dans cette catégorie les mariages entre personnes de mêmes sexes célébrés à l'étranger.

On le voit, dès lors que le contexte est international, l'emprise des droits fondamentaux est plus forte encore que dans les situations purement internes. On parle parfois même de « fondamentalisation » du droit international privé et ce mouvement ressurgit inévitablement quant aux méthodes selon lesquelles cette branche du droit raisonne.

## II. L'HYBRIDATION DES MÉTHODES

Si le droit international privé et les droits fondamentaux sont initialement deux branches du droit distinctes commandant chacune une méthode de raisonnement qui lui est propre (A), il n'est pas impossible de combiner les méthodes de droit international privé afin de garantir le respect des droits fondamentaux et spécialement le droit à l'identité qui, dans une perspective internationale, se noverait en un droit à l'unité du statut personnel et familial (B).

### A. La spécificité initiale des méthodes

Le droit international privé et les droits de l'homme (quel que soit le nom qu'on leur donne : libertés publiques, libertés fondamentales, droits fondamentaux etc.) sont à l'origine deux branches du droit distinctes. Leur objet ainsi que la nature du raisonnement et les mécanismes que chacun mobilise sont différents.

Quant à l'objet du droit international privé, il est nécessairement international. Que la question relève des conflits de juridictions ou de lois, le déclencheur du raisonnement de droit international privé est la présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité. En revanche, les règles à appliquer ne sont pas nécessairement d'origine internationale ou issues de l'Union européenne. Nombre de règles de conflit ont été élaborées par le législateur et la jurisprudence internes. Du côté des droits fondamentaux, l'objet n'est pas forcément international. Nul besoin qu'il y ait un élément d'extranéité, l'affaire peut parfaitement ne concerner qu'un seul ordre juridique et c'est d'ailleurs le plus souvent le cas. L'internationalité des droits de l'homme vient de leur nature même : ils visent à assurer le respect de droits inhérents à la personne humaine dont la valeur transcende les droits nationaux. Lorsque la Cour EDH, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et les juridictions internes sont saisies pour savoir si tel droit fondamental ou telle liberté a été atteint, elles jugeront de la conformité des

dispositions d'un droit national à ces droits et libertés que la situation concerne des nationaux de cet État ou non.

La nature du raisonnement que ces deux branches du droit impliquent est donc elle aussi très différente. La finalité du droit international privé est avant tout de permettre que les relations privées internationales ne souffrent pas sans cesse des frontières. Il se propose « d'assurer la continuité de traitement »<sup>35</sup> de ces relations. Pour ce faire, il adopte un raisonnement objectif basé sur des règles neutres de répartition des compétences juridictionnelles et législatives. Les règles de conflit de lois sont ainsi formulées au moyen d'éléments de rattachement qui placent sur un pied d'égalité les droits matériels ayant une vocation potentielle à régir la situation. L'acceptation est certes moins vraie en présence de rattachements multiples. Que ceux-ci soient alternatifs, cumulatifs ou hiérarchisés, la règle de conflit perd de son objectivité et se teinte d'une coloration matérielle<sup>36</sup>. Elle est dans ce cas élaborée en fonction de l'objectif qu'elle veut atteindre, par exemple assurer des aliments à l'enfant<sup>37</sup>, garantir la validité en la forme de dispositions testamentaires<sup>38</sup>, etc. Pour autant, le raisonnement conflictuel lui-même reste objectif. À aucun moment, la loi étrangère n'est écartée en raison de son extériorité à l'ordre juridique du for. La désignation de la loi compétente se fait au moyen de l'élément de rattachement, qu'il soit totalement neutre ou non. Ces éléments de rattachement sont évidemment décidés en fonction de la culture d'un État lorsque la règle de conflit est d'origine interne. Lorsque la règle est issue d'une convention internationale ou d'un règlement de l'Union européenne, les États parties/membres ont dû trouver un accord quant aux éléments de rattachement inscrits dans le texte. Cela sous-entend que certains ont accepté de renoncer à leur élément de rattachement et quelque part à un élément de leur identité culturelle et juridique. Pour autant, l'objectif de neutralité vis-à-vis des lois en présence reste garanti. Chaque État s'engage à appliquer une loi étrangère si celle-ci est désignée par la règle de conflit élaborée d'un commun accord. Le droit international privé ne juge pas, son esprit n'est pas de promouvoir la supériorité d'un droit matériel sur un autre. Seuls quelques correctifs, spécialement l'exception d'ordre public, porteront une appréciation sur le droit étranger et partant sur les valeurs qu'il véhicule.

À l'inverse, les droits fondamentaux appellent un raisonnement différent et nécessairement critique puisqu'il s'agit de juger le contenu d'un droit national. On ne cherche pas quel droit a vocation à régir une situation, voire même quel droit matériel est le mieux placé pour régir une situation puisque les règles de conflit sont imaginées pour contenir l'élément de rattachement désignant le droit censé être le plus adapté. Il s'agit de dire si telle ou telle disposition est acceptable au regard des droits de l'homme, si elle a ou non violé un droit fondamental d'une personne. Les cours de justice supra nationales ayant à juger du respect

35 - M. Farge, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF*, 2017, chron. n° 29, <http://www.revuedlf.com>.

36 - Sur cette question, voir H. Gaudemet-Tallon, 1994, « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, (l'exemple des conventions de La Haye) », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, p. 181.

37 - Art. 3 et 4 du Protocole de La Haye du sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007.

38 - Art. 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires ou article 27 du Règlement UE n° 650/2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

des droits et libertés fondamentaux n'adoptent pas un raisonnement conflictuel. Elles raisonnent uniquement par référence aux droits fondamentaux dont elles se sont engagées à garantir le respect. La Cour EDH sera ainsi chargée de dire si la législation de tel ou tel État porte atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale de telle personne garantie par l'article 8 de la Convention EDH. La CJUE jugera si le droit de tel ou tel État membre porte atteinte au droit d'intégration des personnes handicapées garanti par l'article 26 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Au-delà des droits fondamentaux entendus *stricto sensu*, la CJUE est également chargée de veiller au respect des grandes libertés garanties dans l'Union européenne aux citoyens européens, à commencer par la liberté de circulation. Là encore, elle ne raisonne nullement en terme conflictuel. Elle appréciera uniquement si la législation de l'État membre mis en cause porte atteinte à la liberté de circulation au sein du territoire de l'Union européenne. « Le débat de la Cour n'est pas méthodologique, il est substantiel »<sup>39</sup>. De plus, les règles sont les mêmes pour tous. Il n'existe pas de mécanisme de répartition qui puisse différer d'un État à l'autre ou d'un groupement d'États à un autre, pas de technique de renvoi ou autre subtilité : soit la législation est conforme aux droits fondamentaux, soit elle ne l'est pas.

La technicité des méthodes de raisonnement s'en ressent nécessairement. La méthode « traditionnelle » du droit international privé repose sur le raisonnement conflictuel qui comporte tout un panel de mécanismes juridiques spécifiques. Savoir qualifier *lege fori* et parvenir à déterminer la règle de conflit de lois applicable n'est bien souvent pas suffisant. L'élément de rattachement peut avoir changé, ce qui sous-entend éventuellement une fraude à la loi ou un conflit mobile. Il est également possible que l'on considère que l'élément de rattachement n'a pas désigné le seul droit matériel étranger, mais l'ensemble du système juridique. Dans cette hypothèse, se pose alors la question de l'acceptation de l'offre de compétence par le système juridique étranger, autrement dit, il y a lieu de s'interroger sur l'existence d'un renvoi au premier, deuxième degré, etc. Enfin, si le raisonnement conduit à la désignation d'une loi substantielle étrangère pour régir la question, peut se poser le problème de la conformité à l'ordre public français en matière internationale du résultat concret de son application. Ajoutons à cela la question de l'office du juge, celle des lois de police ainsi que des qualifications en sous-ordre et l'on obtient à peu près l'ensemble des éléments pouvant intervenir dans le raisonnement de droit international privé. Chacun d'entre eux est d'une technicité redoutable... Tous ces mécanismes n'existent pas dans le raisonnement à suivre en matière de droits fondamentaux. La méthode consistera dans un premier temps à savoir si la situation invoquée est effectivement relative à un droit fondamental : l'accueil d'un enfant dans son foyer pendant six mois est-il constitutif d'une vie familiale devant être protégée au sens de l'article 8 de la Convention EDH ?<sup>40</sup> Dans le cadre d'une gestation pour autrui, la question de la reconnaissance des liens de filiation avec les parents d'intention appartient-elle à la vie privée et familiale des parents ? De l'enfant ?<sup>41</sup> Dans l'affirmative, il sera, dans un deuxième temps, nécessaire de rechercher si le droit fondamental en cause a été ou non violé. Cela ne signifie pas pour autant que le raisonnement suivi en matière de droits fondamentaux ne connaît ni subtilité ni tempérament. Les juridictions consentent à certaines atteintes aux droits fondamentaux lorsque celles-ci sont justifiées. Ainsi, la CJUE procédera à une balance

39 - E. Pataut, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles recomposées », *RTD Eur.*, 2017, p. 589.

40 - La question était posée dans l'arrêt : Cour EDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, préc.

41 - La question était posée dans l'arrêt : CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, préc.

des intérêts en présence pour dire si l'atteinte portée à tel droit fondamental ou telle liberté de l'Union européenne est justifiée. L'absence de consensus est parfois évoquée par la Cour EDH pour ne pas condamner un État pour violation d'un droit qui est certes fondamental dans l'absolu, mais dont l'application dans telle situation n'a pas ou pas encore suffisamment de valeur universelle. On songe ici en particulier aux questions de mariage entre personnes de même sexe ou de dignité dans la fin de vie, *i.e.* d'euthanasie active.

On le voit, alors que le droit international privé est doué de « de relativisme et d'ouverture »<sup>42</sup>, les droits de l'homme sont empreints d'universalisme et d'absolutisme quoique ces termes souvent employés doivent être nuancés<sup>43</sup>. Au niveau méthodologique, les caractères de ces deux branches du droit ressurgissent nécessairement. Là où le droit international privé cherche la coordination des systèmes juridiques des États, les droits de l'homme visent à imposer une solution au nom de la valeur qu'elle protège et peuvent ainsi sanctionner une législation et, partant, un État. Mais, il serait faux de croire que les matières comme les raisonnements sont hermétiques l'un à l'autre. Il est évident que le droit international privé a également vocation à garantir le respect des droits de l'homme, sinon, comment expliquer le mécanisme de l'exception d'ordre public ? L'acception prend évidemment tout son sens lorsque la situation par laquelle le droit international privé est mobilisé met en cause un droit fondamental. Il ne peut se retrancher derrière l'objectivité de ses règles de conflit et la neutralité de son raisonnement.

En outre, le droit international privé est certes une méthode de raisonnement mais pourquoi vouloir la figer ? Le raisonnement conflictuel a mis des siècles à se construire. Les éléments mis en avant par Balduini et par les auteurs contemporains ne sont évidemment pas les mêmes. Bartole, Dumoulin, d'Argentré, Voet, Huber, Mancini, Pillet, Savigny, Niboyet, Trautman, Von Mehren, Currie (et bien d'autres encore...) ont tous fait évoluer le raisonnement de droit international privé en fonction des préoccupations de leur époque. Partant, comment ne pas tirer le constat qu'il est logique que la méthode de raisonnement du droit international privé évolue encore aujourd'hui ? L'une des principales préoccupations sociétales des dernières décennies étant les droits fondamentaux, les changements méthodologiques actuels se font fatalement au prisme de ceux-ci, que cette évolution inquiète<sup>44</sup> ou soit considérée comme souhaitable<sup>45</sup>.

## B. La complémentarité des méthodes

Le statut personnel et familial, en ce qu'il touche au plus privé, voire au plus intime de la personne, ne peut être un pan du droit international privé comme un autre. Il est inévitablement

42 - P. Mayer et V. Heuzé, 2014, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd., n° 208.

43 - Sur les nuances à apporter au caractère absolu des droits de l'homme, voir M. Farges, « L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille », *RDLF*, 2017, chron. 29, *revue* d'f. com. Voir égal. B. Fauvarque-Cosson, 2000, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, p. 797.

44 - Voir par exemple : Y. Lequette, 2008, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Gabrillac, M.-A. Frison-Roche, et Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., p. 99 et s ; L. d'Avout, 2010, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, p. 165.

45 - M. Farges, préc., voir égal. S. Fulli-Lemaire, 2017, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations », thèse. dactyl., Paris 2.

empreint de considérations liées aux droits fondamentaux. Droit au mariage, droit au respect de la vie privée et familiale, droit au respect de son identité sont tous liés au statut personnel et familial. Dès lors, l'objectivité du raisonnement conflictuel et des mécanismes qu'il implique trouve ses limites dans le respect des droits fondamentaux des individus, et spécialement du droit à l'identité, lorsque l'état de la personne a été créé à l'étranger. La méthode conflictuelle est là pour déterminer la loi la plus apte à régir une situation dont la création est en cours ou en projet. À partir du moment où un état de la personne a déjà été constitué à l'étranger selon le droit étranger, il devient un élément du statut personnel et familial de l'intéressé. Il ne s'agit plus de déterminer objectivement quel droit doit régir la création d'un élément du statut personnel, mais de savoir si cet élément du statut personnel peut produire ses effets sur le territoire d'un autre État. Et si le déménagement dans un autre État, voire le simple passage d'une frontière, anéantit des éléments du statut personnel et familial, il y a nécessairement atteinte au droit à l'identité. Marié dans un État, célibataire dans un autre, filiation établie dans un État et inexistante dans un autre etc. sont autant de situations dites « boiteuses » qui portent atteinte au principe de permanence de l'état des personnes et au droit au respect de l'identité des personnes. On l'a dit, cette atteinte peut être considérée comme justifiée. Mais si tel n'est pas le cas, alors le refus de reconnaissance de l'état de la personne se transformera en une condamnation de l'État ayant refusé cette reconnaissance par la Cour EDH ou la CJUE. En outre, même en considérant que « le droit à l'identité ne peut être mis en œuvre en tant que droit individuel susceptible d'être invoqué, il doit tout au moins s'agir d'un objectif auquel les "mécanismes" du droit international privé sont subordonnés, sauf dans les cas où un objectif "concurrent" s'impose en raison d'une valeur prévalente qui le caractérise »<sup>46</sup>. La méthode conflictuelle ne peut réaliser cet objectif lorsque l'état de la personne a déjà été constitué valablement à l'étranger. L'appliquer à ce stade du raisonnement revient, d'une part, à affirmer la supériorité du droit et spécialement des règles de conflit en vigueur dans l'État d'accueil et, d'autre part, à nier que cet état de la personne existe déjà à l'étranger et donc à porter atteinte au droit au respect de l'identité de cette personne. En effet, si l'on utilise la méthode conflictuelle pour examiner l'efficacité d'un état de la personne constitué à l'étranger, il sera nécessaire de vérifier que la loi substantielle appliquée correspond à celle qui aurait été désignée par la règle de conflit en vigueur dans l'État d'accueil. Or, s'il s'avère que la règle de conflit du pays d'accueil désigne un droit matériel différent dont la substance ne permet pas la création de l'état de la personne, on considérera que l'état en cause n'a pas été valablement constitué et qu'il ne peut produire aucun effet sur le sol du nouvel État de résidence. Juridiquement, ce n'est certes pas la même chose que de nier l'existence à l'étranger de cet état de la personne, mais dans la vie concrète des intéressés cela revient au même. La méthode de la reconnaissance des situations<sup>47</sup> paraît bien plus adaptée à la circulation du statut personnel et familial et bien plus conforme au respect des droits fondamentaux des individus. Selon celle-ci, l'efficacité de l'état de la personne ne dépend pas de la conformité de la loi appliquée à la constitution de l'état à la loi désignée par la règle de conflit en vigueur dans l'État d'accueil. Pour que l'état de la personne produise ses effets, il faut qu'il ait été constitué conformément au droit étranger, entendu à la fois au sens du droit matériel et des règles de conflit. Dit autrement, si l'état de la personne existe à l'étranger, il doit pouvoir produire ses effets dans tous les États, peu importe que cet état de la personne ait été ou non constitué par

46 - A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, op. cit., p. 122-123.

47 - Sur l'ensemble de la question, voir P. Lagarde (dir.), 2013, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pédone.



application de la loi désignée par la règle de conflit du pays d'accueil (voire en vertu d'une loi équivalente si l'on pousse le raisonnement conflictuel jusqu'à l'application de la théorie de l'équivalence). L'utilisation de la méthode de la reconnaissance des situations permet ainsi de garantir l'unité du statut personnel et familial et, partant, le respect des droits fondamentaux des individus, spécialement leur droit au respect de l'identité. Seule l'atteinte à l'ordre public international de l'État d'accueil, à condition toutefois que celui-ci soit réellement perturbé (cf. *supra*), doit pouvoir justifier le refus de reconnaissance du statut personnel et familial. Faute de quoi, il y a violation injustifiée des droits fondamentaux des intéressés.

Il n'est pas pour autant question de dire que la méthode conflictuelle n'a plus sa place en droit international privé<sup>48</sup>. Mais, sa légitimité n'est pas la même lorsqu'il s'agit de créer un état de la personne et lorsque l'état de la personne a déjà été créé à l'étranger conformément au droit étranger. Nul ne songe à le contester lorsque cet état de la personne résulte d'un jugement ou d'un acte décisionnel. Que l'on parle de reconnaissance et d'exécution (cf. le vocabulaire utilisé dans les normes internationales et issues de l'Union européenne) ou bien d'autorité de chose jugée et de force exécutoire (*i.e.* d'efficacité substantielle des décisions étrangères en France, cf. les règles d'origine interne), il existe une méthode consistant à vérifier, selon les cas préalablement ou postérieurement, les conditions de régularité internationale de cette décision. Cette méthode traditionnellement dite de reconnaissance des décisions<sup>49</sup> n'a aujourd'hui plus guère de lien avec la méthode conflictuelle. Le contrôle de la loi appliquée au fond par le juge étranger était déjà absent de la plupart des normes internationales et issues de l'Union européenne et il a été supprimé au niveau des règles d'origine interne en 2007 par l'arrêt Cornelissen<sup>50</sup>. Désormais, il n'est plus vérifié que la loi appliquée au fond par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit en vigueur en France. Pourquoi vouloir maintenir une telle hégémonie de la méthode conflictuelle lorsqu'il n'y a ni jugement, ni acte décisionnel ? Non seulement l'immense majorité des éléments composant l'état des personnes n'implique aucune décision au sens strict du terme mais, en plus, il existe un principe de permanence de l'état des personnes. En quoi l'application du droit d'un État, qu'il s'agisse de ses règles de conflit ou de son droit matériel, à la constitution d'un état de la personne peut-elle davantage perturber l'ordre social du pays d'accueil de l'élément de l'état de la personne lorsqu'il n'y a pas intervention d'une autorité dotée d'un pouvoir décisionnel ? Lorsque le juge étranger statue, il le fait évidemment par rapport aux règles de conflit en vigueur dans son droit interne. Il applique donc « son droit », tout comme le fait une autorité étrangère non décisionnelle et en particulier un officier de l'état civil étranger lorsqu'il célèbre un mariage ou dresse un acte de naissance. Sur ce point, il n'y a guère de différence entre un état de la personne résultant d'une décision et un état de la personne résultant de l'application du droit étranger par une autorité non décisionnelle. Certes les officiers de l'état civil ne sont

48 - Sur cette crainte de la disparition de la méthode conflictuelle, voir H. Muir-Watt, « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé : un rendez-vous manqué ? », in *La reconnaissance de situations en droit international privé*, *op. cit.* p. 85 et s.

49 - Sur les différentes méthodes de reconnaissance, voir P. Mayer, 2005, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé, esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, p. 547. Adde « La reconnaissance : notions et méthodes », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.*, p. 27.

50 - Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, no 05-14.082 : Bull. civ. I, n° 68 ; *LPA* 27 avr. 2007, n° 85, 13, note J.-G. Mahinga ; *Dr. fam.*, 2007, comm. 97, note M. Farge ; *JCP*, 2007, actu. 107, obs. C. Bruneau ; *Dalloz*, 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Dalloz*, 2007, p. 891, obs. P. Chauvin ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI*, 2007, p. 1195, note F.-X. Train.

pas des professionnels du droit et leur rôle se borne parfois à une fonction « enregistrante ». Mais les éléments de l'état de la personne contenus dans les actes de l'état civil n'en sont pas moins constitués ou enregistrés par application des règles de droits en vigueur dans l'État dont dépend l'officier de l'état civil. En outre, il n'est jamais question d'exécution d'un état de la personne. Des droits et des actions peuvent découler d'un état de la personne (action en contribution aux charges du mariage, vocation successorale, obligations alimentaires etc.), mais ce n'est pas l'état d'une personne qui est en lui-même susceptible d'exécution. Si l'intéressé souhaite mettre en œuvre ce droit ou cette action et qu'un élément d'extranéité existe, alors la méthode conflictuelle retrouve sa place et sa légitimité puisqu'il n'est pas question de pouvoir remettre en cause un état de la personne qui existe déjà à l'étranger, mais de déterminer quel juge ou quelle autorité non judiciaire est compétent pour examiner la demande et quelle loi a vocation à régir le droit ou l'obligation qu'elle implique.

Plutôt que d'opposer les méthodes de raisonnement, *i. e.* méthode de la reconnaissance *versus* méthode du conflit de lois, il est nécessaire de constater leur caractère complémentaire. Chacune d'elle a sa place dans le raisonnement de droit international privé : méthode du conflit de lois lorsqu'il s'agit de créer un état de la personne, méthode de la reconnaissance lorsqu'il s'agit de l'efficacité internationale de l'état des personnes. Ce n'est que par la combinaison des méthodes que peuvent être assurés l'unité du statut personnel et familial et le respect du droit à l'identité.

## Du droit à l'identité à un droit à l'unité du statut patrimonial en droit international privé ?<sup>1</sup>

**Éric Fongaro**

Université de Bordeaux, Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP)

124

Dans son célèbre cours général sur « La dimension sociale du droit international privé », dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, le Professeur Andreas Bucher avance l'idée selon laquelle si l'identité du statut de la personne constitue l'une des branches de l'objectif général de l'unité de la situation juridique, l'unité du statut patrimonial est également fondamentale. L'éminent auteur souligne cependant que si l'amorce d'un principe de protection des biens est posée, « pour sa mise en œuvre, en revanche, on n'est qu'au début du chemin »<sup>2</sup>. Sur la méthode, le Professeur Bucher semble considérer que l'unité du statut patrimonial pourrait reposer sur la reconnaissance des décisions. Il est néanmoins permis de se demander, en considération du droit positif, si l'unité du statut patrimonial, dans une approche dépassant le seul droit des biens, ne pourrait pas être atteinte par la méthode des conflits de lois.

Étudier les liens entre le droit à l'identité et le statut patrimonial en droit international privé peut, d'emblée, plonger le juriste dans un océan de questions. Les deux pôles du sujet – le droit à l'identité d'un côté, le statut patrimonial de l'autre – s'avèrent difficiles à appréhender. Si le domaine du droit à l'identité était aisé à circonscrire, sans doute n'aurait-il pas été nécessaire de lui consacrer un colloque. Quant à l'expression de « statut patrimonial », celle-ci n'appartient pas vraiment au vocabulaire des internationalistes. Le terme de « statut » tend à tomber en désuétude. Techniquement, certains auteurs emploient plus volontiers l'expression de « catégorie de rattachement ». Pédagogiquement, d'autres préfèrent employer le terme de « sphère » – sphère personnelle, sphère familiale, sphère économique<sup>3</sup>. Aussi bien, le terme de « statut », en droit international privé, intéresse-t-il surtout les historiens de la matière. L'école italienne (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup>) se trouve à l'origine de la « théorie des statuts », consistant à analyser les statuts – les lois – pour délimiter leur domaine d'application<sup>4</sup>. L'on parle donc encore, parfois, de statut personnel, de statut réel ou de statut contractuel. Mais *quid* du statut patrimonial ? Un tel statut existe-t-il ? Un examen rapide des principaux manuels de droit international privé permettrait d'en douter. Il est très rare de trouver, dans un index alphabétique des ouvrages actuellement sur le marché, une entrée « patrimoine » ; et les rares auteurs consacrant quelques pages au patrimoine en droit international privé

1 - Contribution mise à jour en juin 2017.

2 - A. Bucher, 2011, *La dimension sociale du droit international privé*, ADI – Poche, n° 70, p. 157.

3 - D. Bureau, H. Muir Watt, 2017, *Droit international privé*, t. II Partie spéciale, 2<sup>e</sup> éd., PUF, Thémis droit.

4 - Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, 2013, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, p. 100 et s., n° 117 et s.

l'envisagent sous l'angle des faillites et des nationalisations<sup>5</sup> : on ne voit pas alors le lien entre le droit à l'identité et ces questions. Plus avant, il serait possible de s'intéresser aux liens entre le droit à l'identité et la théorie du patrimoine en droit international privé ; mais les meilleures plumes écrivent que « le principe selon lequel le patrimoine constitue le gage général des créanciers semble être universellement connu, ce qui dispense de s'interroger sur la loi qui lui est applicable »<sup>6</sup>, de sorte que le sujet, tel qu'envisagé, se trouverait rapidement épuisé.

Cependant, les liens entre le droit à l'identité et le statut patrimonial s'éclairent d'une lumière nouvelle si l'on admet que l'expression « statut patrimonial » recouvre les questions de droit patrimonial de la famille. Dans cette perspective, le sujet revêt un intérêt théorique et pratique incontestable, puisqu'il s'agit de s'intéresser alors aux fameuses questions préalables. Ce problème vise le cas où, à l'occasion d'une question principale, est soulevée une autre question, qui est préalable, en raison de l'incidence directe que la seconde a sur la première<sup>7</sup>. Une demande en matière de régime matrimonial ne peut être accueillie que si un mariage a été régulièrement contracté. Une succession ne peut être dévolue à un enfant que si cet enfant est bien l'enfant du *de cuius*. Toutefois, aujourd'hui, la résolution du problème des questions préalables ne semble plus soulever de difficultés en droit international privé français. La théorie des questions préalables a d'abord été implicitement rejetée par la Cour de cassation dans ses arrêts *Ponnoucanamale*<sup>8</sup> et *Beneddouché*<sup>9</sup>, puis explicitement, dans l'arrêt *Djenangi* du 22 avril 1986<sup>10</sup>. Dans cet arrêt, qui a statué sur la qualité de conjoint en matière de dévolution successorale, la Cour de cassation a estimé que ladite qualité devait être déterminée selon la loi nationale du prétendu ayant droit, et non selon la loi successorale. Depuis, le problème des questions préalables semble tranché.

Cependant, l'étude des liens entre le droit à l'identité et le statut patrimonial en droit international privé s'avère d'un intérêt tout particulier si l'on considère que le véritable enjeu du sujet, au cœur de celui-ci, concerne l'unité du statut patrimonial. À cet égard, si l'on veut bien admettre que le « statut patrimonial » recouvre le droit patrimonial de la famille, le droit patrimonial de la famille embrasse quant à lui, pour l'essentiel, les régimes matrimoniaux et les successions. Or, en droit international privé français, les sources du droit applicables aux régimes matrimoniaux et aux successions ne sont pas les mêmes. Il s'ensuit que, pour une personne mariée, la loi applicable au régime matrimonial ne sera pas forcément la même que la loi applicable à sa succession. Plus encore, en fonction des sources de droit applicables, une même personne, en présence d'éléments d'extranéité, pourrait avoir plusieurs régimes matrimoniaux, et sa succession pourrait être morcelée en plusieurs masses successorales. À partir de là, plusieurs questions se posent. Un tel éclatement des lois applicables est-il opportun ? En cas de réponse négative, peut-on y remédier ? Et, plus

5 - Voir par exemple, P. Mayer, V. Heuzé, 2014, *Droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, Domat droit privé, p. 489 et s.

6 - *Ibid.*, p. 489, n<sup>o</sup> 691.

7 - Voir par exemple, B. Audit, L. d'Avout, 2013, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, Corpus droit privé, p. 285 et s., n<sup>o</sup> 316 et s.

8 - Cass. req. 21 avril 1931 : *Rev. crit. DIP*, 1932, p. 526, rapport Pilon, note Niboyet.

9 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janvier 1980 : *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 331, note Batiffol ; *JDI*, 1980, p. 327, note Simon-Depitre ; *Dalloz*, 1980, p. 549, note Poisson-Drocourt.

10 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 avril 1986 : *JDI*, 1986, p. 1025, note A. Sinay-Cytermann ; *JCP*, 1987, II, 20878, note Agostini ; *Rev. crit. DIP*, 1988, p. 302, note J.- M. Bischoff.

avant, la possibilité d'y remédier permet-elle de considérer qu'existe un droit à l'unité du statut patrimonial ?

À la première question, le nouveau droit international privé de l'Union européenne tend à apporter une réponse clairement négative. Les règles les plus récentes du droit international privé de l'Union européenne tendent à faire de l'unité de la loi applicable un des principes de base de ses nouveaux règlements<sup>11</sup>. Pour autant, peut-on aboutir à une unité totale du statut patrimonial, vecteur d'un droit à l'unité du statut patrimonial, dès lors que la question préalable de l'identité a été résolue ? Avant de répondre à cette dernière question, sans doute faut-il retenir une approche progressive du sujet et se demander, d'abord, si une unité sectorielle du statut patrimonial est envisageable. Cela nous conduira à envisager, dans un premier temps, la possibilité d'une unité sectorielle du statut patrimonial (I), puis, dans un second temps, l'unité totale du statut patrimonial (II).

## I. L'UNITÉ SECTORIELLE DU STATUT PATRIMONIAL

Rechercher l'unité sectorielle du statut patrimonial conduit, en premier lieu, si la qualité de personne mariée du sujet de droit est rapportée, à étudier l'unité du régime matrimonial (A), puis, en second lieu, à envisager l'unité du régime successoral (B).

### A. L'unité du régime matrimonial

L'unité du régime matrimonial, qui suppose – question préalable – qu'une personne ait été valablement mariée – ce qui relève de son identité –, a fait l'objet de récentes évolutions. À cet égard, la question de l'unité peut être envisagée corrélativement à celle du principe de permanence du rattachement.

Pour la détermination du régime matrimonial, une distinction doit être faite en fonction de la date de célébration du mariage<sup>12</sup>. Les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992 sont soumis aux règles de droit commun, dégagées par la jurisprudence. Les époux mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, sont soumis aux règles du droit conventionnel. Enfin, les époux mariés à compter du 29 janvier 2019 seront soumis aux dispositions du nouveau règlement 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux. Pour les époux mariés avant

11 - Voir en ce sens Règlement (UE) n° 650/2012 du parlement européen et du conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen ; P. Lagarde, *Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions*, *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 691 ; Règlement (UE) 2016/1103 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (Art. 21) ; Règlement (UE) 2016/1104 du conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (Art. 21).

12 - Sur la question dans son ensemble, voir H. Péroz, É. Fongaro, 2017, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Pratique notariale, p. 145 et s.

le 1<sup>er</sup> septembre 1992, le principe était celui de l'unité de la loi applicable. Soit les époux choisissaient la loi applicable à leur régime matrimonial ; ils bénéficiaient à cet égard d'une liberté totale de choix. Soit les époux ne choisissaient pas expressément la loi applicable, et, selon l'arrêt *Zelcer*, « il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement, et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut qu'ils avaient eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires »<sup>13</sup>. Ainsi, en toutes hypothèses, pour les époux ayant l'état de personnes mariées avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, une seule loi est toujours applicable au régime matrimonial, et, en vertu du principe de permanence du régime matrimonial, cette loi continue de s'appliquer même si les époux déménagent ou changent de nationalité. Le statut patrimonial se trouve préservé malgré le franchissement d'une frontière. La situation est bien différente pour les époux mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, soumis à la convention de la Haye du 14 mars 1978. La convention de la Haye permet aux futurs époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, dans certaines limites<sup>14</sup>. À cet égard, la convention permet aux futurs époux, pour les immeubles ou certains d'entre eux, de choisir la loi du lieu de situation des immeubles<sup>15</sup>. Le traité prévoit donc que les futurs époux peuvent « dépecer » la loi applicable à leur régime matrimonial. Monsieur est français, Madame, allemande et propriétaire d'un immeuble en Allemagne, les époux peuvent choisir la loi française en raison de la nationalité française de Monsieur, mais soumettre l'immeuble situé en Allemagne à la loi allemande. Cette possibilité de dépeçage, prévue par l'article 3 *in fine* de la convention, en cas de désignation de la loi applicable au régime matrimonial, est également envisagée en cas de changement de loi en cours de mariage, en vertu de l'article 6 *in fine* du traité. Par ailleurs, sous l'empire de la convention de La Haye, des époux mariés sans contrat peuvent aussi, indépendamment de toute manifestation de volonté, avoir plusieurs régimes matrimoniaux en cas de mutabilité automatique de la loi applicable au régime<sup>16</sup>. Des Français se marient en 2010, sans contrat préalable, et partent vivre aux États-Unis. Ils sont mariés sous le régime légal américain : la séparation de biens. Aujourd'hui, les époux reviennent s'installer en France. Une mutabilité automatique se trouve caractérisée au bénéfice de la loi française. Les époux vont se trouver mariés sous le régime français de la communauté réduite aux acquêts. Cependant, selon l'article 8 de la convention de La Haye, le nouveau régime ne se substitue pas à l'ancien. Il lui succède<sup>17</sup>. Au moment de la dissolution du régime, deux masses de biens seront à liquider, l'une englobant les biens acquis avant le retour en France, l'autre, les biens acquis après le retour en France<sup>18</sup>. L'unité du régime matrimonial se trouve alors battue en brèche. surtout, cette mutabilité automatique porte atteinte au principe de la permanence du rattachement, pourtant consacré par l'article 7 alinéa 1 de la convention de La Haye<sup>19</sup>. Le régime matrimonial initial ne

13 - Cass. req., 4 juin 1935 : *Rev. crit. DIP*, 1936, p. 755, note Basdevant ; *S.* 1936, p. 377, rapport Pilon, note Niboyet ; *DP*, 1936, 1, 7, rapport Pilon, note R. Savatier.

14 - Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, art. 3.

15 - Art. 3, *in fine* : Les époux « [...] peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

16 - Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, art. 7, al. 2.

17 - Art. 8, al. 1 : « Le changement de la loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable ».

18 - Voir, par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avril 2012, n° 10-27016, *JCP N* 2012, 1258, *in C.* Nourissat et H. Pérez (dir), *Chronique de droit international privé notarial*, obs. É. Fongaro.

19 - Art. 7, al. 1 : « La loi compétente en vertu des dispositions de la Convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence habituelle ».

suit donc pas forcément les époux en cas de déménagement. Le lien entre identité et statut patrimonial est alors malmené. L'entrée en application, à compter du 29 janvier 2019, du nouveau règlement « régimes matrimoniaux » remettra en cause ces hypothèses de dépeçage et de mutabilité automatique. Le considérant 46 du nouveau règlement indique qu'« afin d'assurer la sécurité juridique et d'empêcher que des modifications de la loi applicable au régime matrimonial soient introduites sans que les époux en soient informés, aucun changement de la loi applicable au régime matrimonial ne devrait intervenir sans demande expresse des parties ». Finie donc la mutabilité automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Le lien entre identité et statut patrimonial sera préservé par les dispositions du nouveau règlement. Par ailleurs, aucune possibilité de dépeçage ne sera possible lorsque le règlement sera applicable. De fait, le règlement repose sur un principe de base : le principe de l'unité. L'article 21 du texte, intitulé « unité de la loi applicable », dispose que « la loi applicable au régime matrimonial [...] s'applique à l'ensemble des biens relevant de ce régime, quel que soit le lieu où les biens se trouvent ». Une seule loi, principe d'unité, suivra les époux, principe de permanence, même s'ils viennent à déménager. Le lien entre identité et statut patrimonial n'est pas rompu.

Le principe d'unité du régime matrimonial sonne en écho au principe d'unité du régime successoral récemment consacré en droit international privé par l'Union européenne.

### B. L'unité du régime successoral

L'unité du régime successoral constitue le plus important des deux principes de base du « règlement successions »<sup>20</sup>. Le règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit « règlement successions », est entré en application dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Islande, le 17 août 2015. Le texte remplace les anciennes règles de conflits de lois applicables aux successions internationales, qui continuent de s'appliquer aux successions ouvertes avant le 17 août 2015, mais aussi en Nouvelle-Calédonie. Les règles de conflits de lois jurisprudentielles reposaient sur un principe scissionniste. Les successions mobilières étaient régies par la loi du dernier domicile du défunt<sup>21</sup>, les successions immobilières par la loi du lieu de situation des immeubles<sup>22</sup>. L'existence de deux règles de conflits de lois pouvait déjà, en soi, conduire à un morcellement de la succession<sup>23</sup> ; mais ce morcellement pouvait se trouver amplifié par le critère de rattachement retenu en matière de successions immobilières, conduisant à désigner autant de lois applicables à la succession que d'immeubles situés dans des États différents. Un Français est décédé avant le 17 août 2015, laissant un immeuble en France, un immeuble en Belgique et un immeuble en Angleterre : trois lois sont applicables à la succession. Ce n'était que depuis un arrêt *Riley*, du 11 février 2009, qu'une unité de loi était possible en présence d'immeubles situés dans différents États, par

20 - P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP*, 2012, p. 691.

21 - Cass. civ., 19 juin 1939, Labedan, DP 1939, 1, p. 97, note L. P. ; S. 1940, 1, p. 49, note Niboyet ; *Rev. crit. DIP*, 1939, p. 481, note Niboyet.

22 - Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart* : S. 1837, 1, p. 95 ; DP 1837, 1, p. 275.

23 - Sur le sujet, voir J. Héron, 1986, *Le morcellement des successions internationales*, *Economica*.

le jeu de la théorie du renvoi<sup>24</sup>. Désormais, le principe, pour les successions ouvertes à compter du 17 août 2015, est celui de l'unité de la loi successorale. Certes, ce principe n'est pas aussi clairement affirmé dans le règlement « successions » que dans le règlement « régimes matrimoniaux » ; il n'en ressort pas moins des dispositions du règlement. En l'absence de choix de la loi applicable, le règlement « successions » – qui ne s'applique pas à la question préalable de l'état des personnes – précise que « la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès »<sup>25</sup>. Il n'y a donc, par principe, qu'une seule loi applicable à la succession. De surcroît, le critère de rattachement retenu, la résidence habituelle, s'oppose à tout morcellement de la succession, à la différence du lieu de situation des biens, retenu, pour les immeubles, avant l'entrée en application du règlement. Le principe d'unité ressort également de l'utilisation, dans le corps du texte, de l'adverbe « ensemble » – « la loi applicable à l'ensemble d'une succession » –, qui signifie que la loi successorale s'applique à tous les biens successoraux, meubles ou immeubles. Au demeurant, ce principe d'unité de la loi successorale ne se trouve remis en cause, ni par la clause d'exception de l'article 21 paragraphe 2 ni par l'article 22 du règlement. En application de ce dernier texte, « une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession, la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès » (on retrouve ici l'adverbe « ensemble »). Le fait qu'une personne ne puisse choisir, comme loi gouvernant l'ensemble de sa succession, que la loi de sa nationalité, fait ainsi obstacle à tout morcellement de la succession. Plus avant, on observera que s'il n'y a pas de choix de loi, la loi applicable est celle de la résidence habituelle. À cet égard, si l'on considère que la loi applicable à l'identité d'une personne est la loi nationale du sujet du droit, il y a alors césure, à défaut de choix de la loi successorale, entre la loi applicable à l'identité et la loi applicable au statut patrimonial. En revanche, en cas de choix de loi, comme le choix ne peut porter que sur la loi de la nationalité du défunt, une seule loi s'applique, à la fois à l'identité et au statut patrimonial, et le lien entre identité et statut patrimonial se trouve renoué.

Le principe d'unité de la loi applicable, affiché par le nouveau règlement « régimes matrimoniaux », se trouve également consacré dans le règlement « successions ». L'unité sectorielle du statut patrimonial – régime matrimonial, régime successoral – se trouve ainsi assurée. Mais peut-on aller plus loin et envisager une unité totale du statut patrimonial, vecteur d'un droit à l'unité du statut patrimonial, dès lors que la question préalable de l'identité de la personne a été résolue ?

## II. L'UNITÉ TOTALE DU STATUT PATRIMONIAL

S'intéresser à l'unité totale du statut patrimonial conduit bien sûr à s'interroger quant à la possibilité d'atteindre un tel objectif. Toutefois, avant de se demander si cela est possible, peut-être faut-il se déterminer si cela est opportun. Sera envisagée, en premier lieu, l'opportunité d'une unité totale du statut patrimonial (A), puis, en second lieu, la possibilité d'unité totale du statut patrimonial (B).

24 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 février 2009, *Riley* : *Rev. Dr. fam.*, 2009, comm. n° 62, note É. Fongaro.  
25 - Règlement n° 650/2012, art. 21.



### A. L'opportunité de l'unité totale du statut patrimonial

Pour se convaincre de l'opportunité d'aboutir à une unité totale du statut patrimonial, pour une personne mariée, sans doute faut-il faire un détour par le droit comparé, en ayant à l'esprit qu'existe, au sein de chaque système juridique, une cohérence entre les règles applicables aux régimes matrimoniaux et les règles applicables en matière de successions, cohérence que la multiplicité des sources du droit, en droit international privé, peut faire voler en éclats dès lors qu'une situation présente des éléments d'extranéité. En droit comparé, abstraction faite des régimes conventionnels, lorsque le régime légal d'un État est un régime de communauté dont le décès de l'un des époux va entraîner le partage, le conjoint survivant, qui aura été déterminé par le règlement de la question préalable, relative à l'identité, n'est pas en principe un héritier de rang préférentiel. À l'inverse, lorsque le régime légal est un régime de séparation de biens, le conjoint survivant est en règle générale héritier de premier rang<sup>26</sup>. Il existe ainsi une sorte de principe de vases communicants entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions. Certes, on pourrait penser que le droit français n'illustre pas l'observation. Mais il ne faut pas perdre de vue que si les droits successoraux du conjoint survivant ont connu une promotion avec la loi du 3 décembre 2001, alors même que le régime légal est un régime de communauté réduite aux acquêts, cette promotion a permis, avec un temps de décalage il est vrai, de compenser le passage du régime de la communauté de meubles et acquêts au régime de la communauté réduite aux acquêts, fruit de la loi du 13 juillet 1965. Tout est donc en cohérence. Or, cette cohérence peut être mise à mal si la loi applicable au régime matrimonial est différente de la loi applicable à la succession. Il n'est qu'à songer, pour s'en convaincre, au fameux exemple de la personne mariée sous le régime légal allemand dont la succession est régie par la loi française<sup>27</sup>, ou encore à l'exemple de Rabel sur les conflits interterritoriaux américains<sup>28</sup>. Si le régime matrimonial de deux époux relève de la loi texane et la succession du droit du Massachusetts, le conjoint survivant aura droit à une part de communauté à laquelle s'ajoutera une part successorale. Mais si l'on inverse l'ordre juridico-géographique, le conjoint survivant n'aura rien puisque la séparation de biens du Massachusetts ne lui reconnaît aucun droit à partage et que la communauté d'acquêts texane est exclusive d'un rang successoral de premier plan<sup>29</sup>. À partir de ces exemples, il paraît difficile de douter de l'opportunité d'aboutir à une unité de statut patrimonial dès lors qu'une personne a l'état de personne mariée. La question se pose alors de savoir s'il est possible d'atteindre une telle unité totale, qui serait porteuse d'un droit à l'unité du statut patrimonial en droit international privé.

### B. La possibilité d'unité totale du statut patrimonial

L'unité totale du statut patrimonial, garantissant la cohérence d'une situation, peut parfois être atteinte par la seule application des critères objectifs de rattachement en matière de régimes matrimoniaux et de successions. De fait, la plupart des textes de droit international privé des personnes et de la famille retiennent, à titre de rattachement objectif, le critère

26 - É. Agostini, 2013, « Le droit comparé des successions et des régimes matrimoniaux », in É. Fongaro (coord.), *Droit patrimonial européen de la famille*, LexisNexis, p. 97 et s.

27 - Sur le sujet, voir W. Riering, Régime légal allemand et succession régie par la loi française, in *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, p. 253 et s.

28 - E. Rabel, 1958, *The Conflict of Laws : A comparative study*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. Ü. Drobnig (ed.), A. Arbor, p. 408 à 410.

29 - Voir également É. Agostini, préc., spéc. p. 104, n° 276.

de la résidence habituelle. Une personne mariée après le 1<sup>er</sup> septembre 1992, sans contrat de mariage, décède après le 16 août 2015, sans avoir fait de *professio juris* ; la loi applicable à sa succession est la loi de sa dernière résidence habituelle. Si cette loi correspond à celle de la première résidence habituelle des époux, l'unité du régime matrimonial et du régime successoral se trouvera respectée. On peut d'ailleurs observer que, plus encore que dans la convention de la Haye, les rédacteurs du nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux ont cherché à garantir l'unité de loi applicable au régime matrimonial et à la succession. À défaut de choix de la loi applicable au régime matrimonial, l'article 26 paragraphe 3 du règlement prévoit notamment une clause d'exception permettant de soumettre le régime matrimonial à la loi de la dernière résidence habituelle des époux, qui est aussi, en cas de décès, et sauf *professio juris*, la loi applicable à la succession. L'unité du statut patrimonial se trouve dès lors assurée. Par ailleurs, si les critères de rattachement objectifs ne permettent pas d'atteindre l'unité du statut patrimonial, le recours aux *optio juris* prévues par la convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux, ou par le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux et par le règlement « successions », pourrait également s'avérer particulièrement intéressant. L'unité de loi, fruit d'un choix de loi sur le fondement des articles 3 ou 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978, 22 du règlement « régimes matrimoniaux », ou sur le fondement de l'article 22 du règlement « successions », pourrait maintenir un certain équilibre entre les droits du conjoint survivant et ceux des autres héritiers lors du règlement de la succession<sup>30</sup>.

L'unité totale du statut patrimonial, dont l'opportunité a été établie, est donc tout à fait possible ; mais une telle possibilité permet-elle de considérer qu'existe un véritable droit à l'unité du statut patrimonial ? La réponse, en l'état des textes, est négative. Un tel droit ne se trouve ni expressément ni implicitement consacré. Faut-il alors envisager une évolution des textes et la consécration d'un droit à l'unité du statut patrimonial ? Pourquoi pas. Pour autant, il ne serait sans doute pas opportun, en droit international privé, d'ériger un tel droit en principe. Aussi bien la dichotomie des sources du droit international privé, en matière de régimes matrimoniaux et de successions, présente-t-elle, dans une approche économique du droit, une véritable utilité, notamment en termes de gestion du patrimoine. De surcroît, quand bien même serait-il opportun d'aboutir à une unité totale du statut patrimonial, sans doute ne faut-il pas trop surdimensionner les liens entre régimes matrimoniaux et successions, ni les liens entre l'identité de la personne et son statut patrimonial. Le droit des successions intéresse tout un chacun, le droit des régimes matrimoniaux n'intéresse que les personnes mariées. Au demeurant, une personne mariée à un moment peut ne plus l'être au moment de son décès. À partir de là, il semble que les solutions auxquelles aboutissent les textes actuels de droit international privé soient mesurées, et doivent être approuvées, sans chercher à aller plus loin.

Au bilan, une double conclusion s'impose au regard de ce qui précède. D'une part, le lien entre le droit à l'identité et le statut patrimonial ne se trouve pas toujours garanti en droit international privé : la théorie des questions préalables peut conduire à soumettre l'une et l'autre question à deux lois différentes. D'autre part, l'examen du droit positif ne permet pas d'affirmer que celui-ci consacre un droit à l'unité du statut patrimonial. Reste que la

30 - Sur la question, voir É. Fongaro, 2015, « L'autonomie de la volonté en droit international privé des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, p. 651, spéc. p. 657.

possibilité d'une unité du statut patrimonial se trouve facilitée, en métropole, par l'entrée en application des nouveaux règlements européens de droit international privé, qui ne s'appliquent pas en Nouvelle-Calédonie. Est-ce que cette quête d'unité du statut patrimonial sera considérée comme un objectif suffisamment important pour justifier une modification des règles calédoniennes de droit international privé ? Seul l'avenir nous le dira.

## **QUARTRIÈME PARTIE**

### **L'IDENTITÉ ET LE DROIT À L'IDENTITÉ PAR-DELÀ LES OCÉANS...**



## La question des communautés indigènes en Argentine Entre identité et patrimoine : Comment gérer la diversité après le métissage culturel ?<sup>1</sup>

**Ursula C. Basset**

Pontificia Universidad Católica Argentina

135

Selon le recensement fait en 2010, une vingtaine d'ethnies indigènes vivent en Argentine. La population indigène est présente sur tout le territoire, mais elle se densifie surtout dans le nord et le sud-ouest du pays. Elles représentent environs 2 à 3 % de la population de l'Argentine, ce qui est peu, mais tout de même non négligeable (presque un million de personnes<sup>2</sup>). Surtout, il y semble avoir un certain regain d'intérêt pour les cultures dites « originaires ».

Ce phénomène peut être illustré par l'anecdote suivante. À 350 km de la ville de Buenos Aires, se trouve l'Abbaye bénédictine de Victoria. Elle est célèbre non seulement pour les produits artisanaux qu'elle commercialise, mais aussi parce qu'il y a parmi les moines des personnages très curieux. L'un d'eux est un fameux conteur, Mamerto Menapache. Un autre, un historien de la culture de l'ethnie Mapuche, le père Meinrado Hux, a consacré plusieurs années de sa vie à rassembler des pièces de valeur archéologique diverse, des témoins, des photos, afin de reconstruire l'histoire du peuple mapuche à Buenos Aires et ainsi lutter contre le désintérêt de ses descendants. Le prêtre accompagne personnellement chaque visiteur pour lui raconter ses découvertes. Pourtant, après le cinquième centenaire de la découverte de l'Amérique, les nouvelles perspectives sur la question des indigènes ont fait basculer le cœur des descendants des Mapuches : ils ont voulu que le musée, avec toutes les pièces, leur soit rendu. Le Père Meinrado, à qui l'on doit cette information, avait été le dépositaire de leur mémoire, le gardien de leur identité. Ce dernier, aujourd'hui décédé, se disait heureux de leur rendre ces pièces mais il craignait, qu'après la ferveur initiale suscitée par les nouvelles lois, l'intégralité du patrimoine mapuche ne disparaisse de nouveau.

Il est probable que ce soient les lois entrées en vigueur entre les années 1990-2006, notamment à partir de la grande réforme de la Constitution de l'Argentine en 1994, qui aient favorisé la rencontre entre les descendants des communautés indigènes et leurs origines.

La date clef est pourtant le cinquième centenaire de la « conquête » ou « découverte », selon la perspective adoptée, de l'Amérique en 1992, dont la « légende noire » et la « légende rose » ont rivalisé dans la rhétorique des historiens et des politiciens. La légende noire veut qu'il y ait eu une colonisation européenne, une expansion culturelle qui a phagocyté les communautés autochtones avec les langues et les cultures d'Europe. L'étape ultime de l'indépendance de nos nations serait donc de mettre en valeur la diversité des cultures indigènes, de redonner

1 - Contribution rédigée en décembre 2017.

2 - Recensement 2010. Population indigène ou descendants de peuples indigènes : 955 032 personnes.

aux peuples indigènes leur territoire et de préserver leur culture et leurs coutumes. Ainsi, le juriste Eugenio Zaffaroni affirme que :

*La véritable indépendance de notre continent américain ne pourra pas s'accomplir tant que l'ordre juridique n'aura pas réparé les dommages causés par le génocide colonisateur. Le mépris des droits des peuples « originarios » [originaires] implique une négation de notre indépendance, car tant que l'ordre juridique agit ainsi, il suit la tradition de l'ordre colonial. Ce n'est qu'en reconnaissant ces droits et en réparant ce qui peut être réparé, que notre ordre juridique pourra se déclarer indépendant et cessera d'avoir le génocide comme base aberrante de sa légitimité. Loin d'être une fragmentation de notre souveraineté, cela en sera une confirmation.*<sup>3</sup>

Eugenio Zaffaroni est actuellement le juge argentin de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Ce phénomène politique et culturel a connu le même développement dans les pays voisins de l'Argentine. Si l'on prend en compte la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones<sup>4</sup> et la convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)<sup>5</sup>, on doit admettre qu'il s'agit d'un mouvement global.

En Argentine, la renaissance des communautés indigènes ainsi que celle de leur patrimoine économique et culturel s'est matérialisée par une longue succession de lois (1), d'actions concrètes appelées « réparations historiques » (2) et d'actions symboliques (3). Ces mécanismes peuvent assurément faire écho à d'autres processus nationaux.

## I. UN ENSEMBLE DE LOIS

Avant tout, l'Argentine protège les droits des peuples indigènes dans la Constitution nationale. L'article 75, alinéa 17 prévoit que le Parlement doit :

- « Reconnaître la préexistence ethnique et culturelle des peuples autochtones argentins. »
- « Garantir le respect de leur identité et le droit à une éducation bilingue et interculturelle. »
- « Reconnaître la personnalité juridique de leur communauté. »
- « Reconnaître la possession et la propriété communautaires des terres qu'ils occupent par tradition. »

3 - E. Zaffaroni, Prólogo, en Salgado, J., *Convenio 169 de l'OIT*, Neuquén, Universidad Nacional del Comahue, p. 7. Citation en langue originale :

La verdadera independencia del continente americano no puede completarse hasta que el orden jurídico que surge de ella no repare el genocidio colonizador, en la medida que esto sea posible. El desconocimiento de los derechos de los pueblos originarios importa una negación del a independencia, pues el orden jurídico que así proceda no hace más que proclamar mero sucesor del orden colonialista. Sólo reconociendo esos derechos y reparando lo reparable, nuestro orden jurídico se declara independiente y elimina así el genocidio como aberrante base de su legitimidad. Lejos de constituir una fragmentación de nuestra soberanía, importa su confirmación.

Traduite par l'auteur dans le texte.

4 - Telle qu'elle était adoptée par l'Assemblée générale du 13/9/2007.

5 - Voir: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312314,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,es).

- « Déterminer la remise d'autres terres suffisantes et favorables à leur développement humain ; leurs terres sont inaliénables, intransmissibles et insaisissables. »
- « Assurer leur participation dans la gestion relative à leurs ressources naturelles et à d'autres intérêts y afférents. »
- « Les provinces peuvent exercer concurremment ces attributions. »<sup>6</sup>

L'Argentine est signataire de la convention 169 de l'OIT (1989), qu'elle a largement mise en œuvre.

Tant la nation que les provinces sont compétentes pour légiférer sur la question indigène. Dès lors, il y a un dédoublement législatif. D'une part, il existe des lois nationales et, d'autre part, des lois provinciales, les deux légiférant sur les mêmes sujets. Les lois nationales étant plus significatives, elles seules seront envisagées dans les présents développements. Cinq d'entre elles requièrent une attention particulière :

- loi 23.302 sur la politique des communautés indigènes et la création de l'Institut national des affaires indigènes.
- loi 24.956 sur le recensement indigène.
- loi 26.160 sur l'état d'urgence relatif à la possession et à la propriété des terres traditionnellement occupées par les peuples indigènes préexistants.
- nouveau Code civil et commercial de la Nation Argentine, Art. 1, 7, 9, 10, 18 et 62 c).
- nouveau Code de procédure pénale de la Nation Argentine, Art. 24 et 78 e).

Ces textes ont permis :

- 1) La création d'un Institut national indigène qui gère les politiques et interagit avec les communautés.
- 2) La possibilité de reconnaître la personnalité juridique des communautés indigènes qui s'inscrivent dans le RENACI (Registre National des Communautés Indigènes).

La Cour Suprême de la Nation Argentine a considéré que ces communautés ont une personnalité au-delà de toute reconnaissance par l'État argentin. L'inscription n'est pourtant qu'une formalité qui facilite les démarches. De plus, pour réaliser cette inscription, *i. e.* pour établir l'appartenance à une communauté indigène, l'Argentine a adopté le critère de « l'auto reconnaissance ». L'auto-perception comme critère identitaire, est très cher au système juridique argentin. On retrouve ce critère pour déterminer le sexe également : le sexe auto-perçu, le sentiment d'appartenir à l'un ou l'autre des sexes, détermine le sexe qui sera inscrit à l'état civil au-delà de toute constatation médicale et de l'apparence physique du sujet. De même, pour les peuples indigènes, leur identité est définie par l'auto-perception. Dès lors, tant pour les identités sociales (aux fins statistiques ou de l'enregistrement des communautés) que pour les identités individuelles, on utilise la perception subjective. Pourtant dans le cas des indigènes, ils sont censés posséder une sorte de statut culturel de l'ethnie à laquelle ils affirment appartenir (langue, traditions, organisation, données sur leurs antécédents, etc.)<sup>7</sup>.

6 - La traduction est officielle et se trouve sur site de la Cour suprême de l'Argentine : [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

7 - Cf. art. 3 de la loi 23.302/1985.



Il faut cependant noter que, selon l'enquête spécifique faite par l'Institut national indigène en 2005, seuls 23 % de ceux qui se considèrent comme indigènes sont des descendants directs des communautés indigènes. Les 77 % restants sont issus d'un métissage. En outre, les deux tiers de la population indigène ne parlent plus leur langue d'origine.

#### **A. La création d'un registre des organisations territoriales indigènes**

Lorsqu'une communauté indigène s'organise politiquement dans un territoire, elle peut aussi demander à s'inscrire dans le RENOPI. Les communautés indigènes sont des entités culturelles. Mais quand elles s'organisent et se dotent d'autorités, avec éventuellement leur propre droit coutumier, ces communautés peuvent être reconnues par les gouvernements locaux et nationaux. Pour l'heure, les effets de ce type d'organisation sont toutefois limités<sup>8</sup>.

#### **B. Les peuples indigènes, indépendamment de leur constitution comme « communauté » ou « organisation », ont le droit d'acquérir leur propriété selon leurs traditions**

La propriété indigène est très complexe à définir si l'on raisonne en termes de droit civil. Le nouveau code civil et commercial, entré en vigueur en 2015, avait souhaité définir la propriété des indigènes comme une forme de « propriété communautaire ». Ce texte a été fortement critiqué par les communautés indigènes qui ont rejeté la formulation de leur relation à la terre en termes de droit civil. Le droit civil a été jugé inapproprié pour rendre compte de la complexité de leurs relations spirituelles et culturelles avec la terre. Les codificateurs ont dû introduire un article de droit transitoire et créer un statut spécifique à la propriété indigène.

Les conditions d'acquisition de la propriété indigène sont établies par la loi et la jurisprudence. Ainsi, l'article 7 de la loi 23.302 prévoit l'attribution de terres suffisantes à la communauté au lieu où elle habite régulièrement ou bien dans les régions voisines plus favorables à leur développement. Cette attribution est gratuite et la communauté est exemptée d'impôt. Les territoires doivent être utilisés pour l'exploitation agropastorale, forestière, artisanale ou minière. Pour vendre ces terres, une autorisation de l'État sera nécessaire. Pourtant, la jurisprudence, à partir de la Constitution nationale, a estimé que pour obtenir les terres, les communautés doivent démontrer une relation traditionnelle avec elles. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils occupent effectivement ces territoires aujourd'hui, ni même qu'ils les ont occupés dans le passé. Il suffit de démontrer que, dans une certaine période de l'histoire, l'ethnie était liée à eux. Les provinces ont éprouvé des difficultés techniques et pratiques pour mettre en œuvre cette directive.

Du point de vue technique, les provinces sont propriétaires des ressources naturelles selon la Constitution nationale. Mais *quid* si les communautés autochtones sont les propriétaires originaires ?

D'un point de vue pratique, il est impératif de s'assurer que la propriété est réellement destinée aux communautés. On pourrait imaginer que celles-ci acquièrent la propriété gratuitement uniquement pour la transmettre à des tiers, ces derniers ayant éventuellement fourni

---

8 - Cf. *infra*.

l'assistance juridique qui a permis d'obtenir cette propriété. Afin d'éviter cet écueil, certaines provinces ont envisagé la possibilité de mettre un embargo de vingt ans sur les propriétés données aux communautés indigènes.

En toute hypothèse, la jurisprudence relative aux questions indigènes révèle que 90 % de cas litigieux ont trait à la propriété<sup>9</sup>.

### C. La prise en compte de l'appartenance à une communauté indigène dans les procédures pénales

En matière pénale, certains droits ont été reconnus aux communautés indigènes tant par les lois nationales (le nouveau code de procédure pénale), que par les lois procédurales provinciales.

Le nouveau code de procédure pénale, qui n'est pas encore entré en vigueur, permet la prise en compte des coutumes indigènes lorsqu'il s'agit d'une infraction commise entre membres d'une communauté. La règle est formulée comme une garantie procédurale mais, en réalité, il s'agit de l'incorporation du droit indigène dans le droit commun dans une matière touchant directement à l'ordre public et la conséquence pourrait d'ailleurs être une atteinte aux droits de la victime.

Ce problème s'est déjà posé relativement à deux droits existant dans la coutume indigène : le droit d'initiation sexuelle des enfants par leurs parents et le droit relatif au mariage dit « *privignático* ». Le premier implique évidemment l'inceste et l'abus sexuel de mineurs. Le second, le mariage *privignático*, est surtout répandu chez les indigènes du nord-est de l'Argentine. Selon cette coutume, le mari d'une femme peut aussi épouser les filles de ses mariages

9 - Il faut seulement taper les mots *comunidades indígenas* sur la base de données de Thomson Reuters pour obtenir près de 160 arrêts. La plupart sont relatifs à la terre. On relèvera également des arrêts criminels dans lesquels l'appartenance à la communauté indigène est invoquée pour éviter une sanction pénale. Les derniers arrêts, après le nouveau code civil et commercial argentin (2015), concernent exclusivement la question du droit sur les terres : Voir Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala I ; M., M. A. y otros c. Tribu de Rondeau y otra s/ prescripción adquisitiva • 04/08/2016 • LA LEY 04/10/2016, 8 ; LA LEY 2016-E, 461 ; LLBA 2016 (diciembre), 602 n. Verónica Kozak y Gustavo Valdés. LLBA 2017 (junio) , 5 : « La sentencia que, probada la posesión durante más de veinte años, admitió una acción de usucapión respecto de fracciones de campo donadas a comunidades indígenas en la provincia de Buenos Aires mediante la ley provincial 512 debe confirmarse aun cuando esta norma haya dispuesto la inalienabilidad de aquellas por diez años, pues ello no implica que hayan sido situadas in eternum fuera del comercio como si fueran bienes públicos del Estado, incluso cuando se entendiera que la previa autorización para su enajenación debía ser por ley. ». Corte Suprema de Justicia de la Nación ; Martínez Pérez, José Luis c. Palma, América y otros s/ medida cautelar s/ casación ; 10/11/2015 ; LA LEY 03/12/2015 , 7 « Si las tierras objeto de la medida cautelar de desalojo han sido identificadas como partent del territorio de una comunidad originaria y que ellos ejercen la posesión comunitaria tradicional desde antaño, la ejecución del lanzamiento vulnera la ley 26.160, que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas (del dictamen de la Procuradora General que la Corte hace suyo). » Corte Suprema de Justicia de la Nación ; Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogoh c. Provincia de Formosa y Otros s/ medida cautelar ; 15/09/2015 ; La Ley Online, « Habiéndose celebrado audiencia con los miembros de la comunidad originaria para consultarlos sobre la realización de un centro de salud en tierras de su propiedad, no cabe extender los efectos de una medida cautelar que tiene otros fines — impedir la const'unió de un instituto universitario— para suspender la ejecución de la obra, que fue consultada y aprobada por los miembros de aquella por considerarla beneficiosa y conveniente ». Le premier arrêt permet le droit d'usucapion sur les terres accordées aux indigènes. Le deuxième empêche qu'ils soient expulsés des terres qu'ils occupent. Dans le troisième, les indigènes doivent être consultés pour la construction d'un centre sanitaire par l'État argentin (financé par l'État argentin) sur leur terre.

précédents. Le *privignático* implique nécessairement une forme de polygamie, une infraction aux empêchements à mariage, et souvent l'abus sexuel de mineurs.

Parmi ce nombre réduit de cas litigieux étrangers au droit de propriété indigène, quatre sont relatifs à des abus sexuels sur mineurs par des personnes qui sont liés à eux par un lien de parenté. Dans trois de ces affaires, les juges ont considéré que, en présence d'une atteinte aux droits fondamentaux comme l'intégrité physique et sexuelle, les coutumes indigènes ne sont pas applicables. En revanche, la décision a été différente dans la quatrième affaire jugée dans la province de Salta, au nord-ouest de l'Argentine. Il s'agissait d'une enfant de neuf ans tombée enceinte lors de son initiation sexuelle par son beau-père (tous les deux appartenaient à la communauté indigène Wichi). La cour suprême de la Province de Salta a décidé qu'il y avait une absence de compréhension du délit d'abus sexuel par le beau-père. Les fondements de la décision font référence à l'obligation de prendre en compte les coutumes *wichis* pour établir l'élément subjectif de l'infraction pénale.

À cette époque, Octorina Zamora, cacique de la communauté *wichi*, avait pris une position publique sur le sujet. Elle avait affirmé : « Nous, les femmes *wichis*, nous venons du ciel, nous sommes célestes. Dans notre religion, l'homme est terrestre, animal, et pour devenir humain, il a dû s'unir aux femmes. C'est la valeur de la femme dans les conceptions *wichis*. En aucun cas nous ne pouvons nous permettre l'abus sexuel »<sup>10</sup>. Et c'est précisément pour cette raison que la Cour suprême de la Nation Argentine a annulé le jugement de la cour suprême de la Province de Salta. Elle a fondé sa décision sur les droits fondamentaux communs à toute l'humanité. Pourtant, 10 ans après cette annulation, le beau-père n'a toujours pas été condamné. En toute hypothèse, il semble que les coutumes indigènes ne soient admissibles que dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux.

On constate que la structure juridique propre aux communautés indigènes, que la question soit abordée du point de vue politique ou du point de vue juridique (tant civil que pénal), est de plus en plus accueillie par le droit interne dans la limite du respect des droits fondamentaux : le droit coutumier ne peut s'appliquer ou du moins être pris en compte que s'il ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux. Les communautés ont renforcé leur nature institutionnelle et obtenu sur le plan social, politique, juridique et territorial une reconnaissance croissante.

## II. LA RÉPARATION HISTORIQUE

La réparation historique vise à rétablir partiellement la situation, *i. e.* à la remettre telle qu'elle était avant la venue des Espagnols en Argentine. Cette réparation est intégrée dans le processus dit de « décolonisation ». Elle s'est essentiellement traduite par des politiques autour de la propriété indigène. Toutefois, on notera aussi la reconnaissance des formes d'organisation des sociétés indigènes, la promotion de la culture et des langues, la création de divers forums

10 - Traduction de l'auteur, version originale : « *Las mujeres wichi venimos del cielo, somos celestiales. En nuestra religión el hombre es terrenal, animal y para convertirse en humano tuvo que unirse con las mujeres. Ese es el valor que tiene la mujer dentro de la concepción wichi. De ninguna manera podemos permitir el abuso sexual* ». (Reprotaje Página 12. La dirigente wichi que acusa a la Corte salteña por discriminación. Página 12: Buenos Aires, 2 de Julio de 2007. En sección: Sociedad, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87477.html>.

de dialogue et la reconnaissance du droit des communautés d'être consultées pour chaque décision qui les concerne.

### III. LES ACTIONS SYMBOLIQUES

141

Une partie importante de la réparation historique correspond à des actions symboliques. En Argentine, il y en a eu beaucoup. La plus importante était peut-être celle qui a consisté à rebaptiser le jour dit de « la race » (*Día de la Raza*) qui célébrait la « découverte de l'Amérique » par Christophe Colomb et symbolisait la réaffirmation de l'identité hispano-américaine face aux États-Unis et à la doctrine Monroe. Aujourd'hui, ce jour-là est consacré à la fête de la « diversité culturelle ».

Les législateurs ont aussi promu des lois symboliques, comme celle reconnaissant les héros indigènes de l'indépendance, pour montrer leur participation dans le processus de construction nationale et leur appartenance à l'identité nationale. Pourtant, cela semble assez contradictoire avec l'idée de diversité, puisque le but est d'associer les communautés indigènes à un projet de pays différent du projet politique des communautés. Ce n'est plus l'Espagne, mais l'Argentine qui les absorbe.

L'action symbolique la plus controversée a probablement été le retrait de la statue de Christophe Colomb du siège du pouvoir exécutif (la Casa Rosada). À sa place, a été installée une statue de Juana Azurduy, une femme métisse qui a lutté contre les Espagnols, et a perdu de ce fait son mari et ses deux fils.

### CONCLUSION

La législation argentine intéressant les communautés indigènes est une œuvre inachevée. Parmi toutes les difficultés, les auteurs argentins mettent en exergue les divers problèmes issus d'une compréhension différente de l'enfance. On pense au travail des enfants, aux abus ou initiations sexuelles et au mariage *privignático*, mais aussi aux sacrifices humains, dont on a eu un exemple, malheureusement, il n'y a pas longtemps dans la communauté Mapuche au Chili, un enfant ayant été empalé par son grand-père pour apaiser la mer alors qu'un tsunami menaçait les côtes.

Dans ce processus visant à réaliser une pluralité d'identités au sein d'une même unité, d'une même organisation politique, sociale et juridique, les complications peuvent naître d'un manque de conscience ou de persistance des identités et des mémoires collectives des communautés indigènes qui sont censés se reconstruire, mais aussi de fausses projections encouragées par les incitations légales elles-mêmes : la motivation du législateur est parfois pleine de clichés, d'idées préconçues, de stéréotypes concernant ce que les communautés sont aujourd'hui et le rôle qu'elles pourraient jouer dans la société. On se demande parfois si le législateur ne veut pas enfermer les communautés dans une réalité sociale et culturelle datant de cinq siècles.

Pour revenir aux fondements de la question identitaire, on ne peut que se demander s'il est vraiment possible et même acceptable d'imposer une fiction selon laquelle le métissage culturel n'a jamais eu lieu. La « décolonisation » en Argentine équivaut à effacer une identité qui

s'est construite par un dialogue des cultures et qui a changé toutes les parties. C'est comme si l'on essayait d'effacer une partie de notre existence parce qu'elle ne nous plaît pas. Et pourtant, cette période a contribué à forger ce que nous sommes aujourd'hui. Nous ne serions pas nous-mêmes en la niant. Il est vrai que le droit tente parfois de décider quelle partie de l'identité humaine il prend en charge et quelle partie doit être écartée. Il sera intéressant de voir quels nouveaux équilibres peuvent être trouvés quant à l'identité sociale, tout en se rappelant que nous parlons de la diversité sur la base de l'unité de l'humain... ce qui nous oblige à comprendre que les différences ne brisent pas les liens de fraternité qui nous unissent.

## Law and Identity in New Zealand<sup>1</sup>

**Bill Atkin<sup>2</sup>**

Victoria University of Wellington

The notion of identity can be elusive. Some people see it in individualistic terms, even egotistically, while others see it in terms of their relationship with other people. It may be tied up with cultural, religious, educational, sporting or professional roots (to mention just a few). We return to cultural and ethnic connections later, but it is worth noting the way people refer to themselves an “old boy” or “old girl” of their school; or that they belong to a church or religion, with their identity being tied up with their theological beliefs; or that they belong to or support a football or netball team (or many others games – sport is very “big” in New Zealand); or that they are a lawyer, a doctor, (etc), and that this defines who they are (at least for many hours of the day).

These examples of identity are personal. We can talk about identity in other ways, such as “national identity”. People “belong” to a country (unless they are refugees or stateless) but what is the notion of country that lies behind this? Is it simply geographical boundaries – not a great issue for island nations such as New Caledonia and New Zealand – or is it something about the character of the nation and its place in the world?

In reality, these variations on identity interact and one aspect may predominate for some purposes and not for others. A challenge is to relate these notions to the law – what role does the law play in determining identity and to what extent is identity reflected in the law?

In this paper, I first set out some background information about New Zealand, which raises questions about national identity. I then look at some classic areas of the law that deal with individual identity – registration of status and citizenship, followed by some international aspects including passports and immigration. Cultural issues are very important especially for the indigenous Māori population and Pacific peoples. Then I look at some examples of being stripped of identity.

### I. BACKGROUND ON AOTEAROA/NEW ZEALAND – AMBIGUOUS IDENTITY

There is a great deal of ambiguity about being a New Zealander. Take for example the name I have used in the heading to this Part. While New Zealand is the official name of the country,

1 - Contribution issue de l'allocation de l'auteur au colloque « L'identité et le droit » qui s'est déroulé les 3 et 4 novembre 2016.

2 - Professor of Law, Victoria University of Wellington, NZ. This paper was prepared for the colloquium « L'identité et le droit », Université de la Nouvelle-Calédonie, 3-4 November 2016. Special thanks to my excellent research assistant, Sean Brennan, and also to friend Dr Marg Gilling for insightful comments.

many people add the Māori name as well: Aotearoa or “Land of the Long White Cloud”. Legend has it that when Māori first arrived in their boats many centuries ago (no one is quite sure from where), the terrain looked like a long cloud and indicated that land existed. Aotearoa is not an official name but may become so if we project 20 years ahead. People tend to talk however about being New Zealanders or “Kiwis” after the flightless nocturnal bird that has become one of the country’s emblems.

The country was colonised primarily by people from the United Kingdom and Ireland, with a few pockets of French settlement here and there. Many Kiwis trace part of their genetic roots back to the United Kingdom or Ireland, often having heritage from more than one nation. This includes many Māori and Pacific people because of intermarriage. In the last couple of decades the make-up of New Zealand has been enriched by people from Asia and Europe, in particular.

While not that long ago people talked about the United Kingdom as being “home”, that is far less prevalent today. In some respects New Zealand is staunchly independent, especially when placed alongside the larger Australia. Until 1 January 2004, the final appellate court was the Privy Council in London, but now we have our own Supreme Court.<sup>3</sup> As it is said, the “apron strings” are slowly being cut. Despite this, Queen Elizabeth is still the Head of State, represented by a Governor-General who lives in Wellington, the capital city.<sup>4</sup> In 2015 and 2016, the country held two referenda to decide on a new flag, a design that would no longer include the Union Jack of the United Kingdom.<sup>5</sup> The second referendum roundly voted against the new flag, with the result that the country remains yoked at least in this respect to its colonial past. It may well be asked why the country does not become a republic. This step is surely inevitable but not while Queen Elizabeth is still on the throne. The republican debate is very muted.

New Zealand has no written constitution in the classic sense. The Constitution Act 1986 canvasses aspects of the legal role of the sovereign, the executive, the legislature and the judiciary, but it is really a machinery statute and does not set out core values, nor does it provide a basis for the courts to declare anything to be unconstitutional. The New Zealand Bill of Rights Act 1990 sets out various rights and freedoms, largely derived from the United Nations Covenant on Civil and Political Rights but it is subservient to legislation passed by Parliament. Thus, there is no constitutional document that provides for a sense of national identity to which individuals can pledge allegiance.<sup>6</sup>

---

3 - Supreme Court Act 2003, in force 1 January 2004 (s 2). For a discussion of the country’s “legal identity” before the creation of the Supreme Court, see the writing of one of our greatest judges, Sir Robin Cooke (later Lord Cooke) “The New Zealand National Legal Identity” (1987) 3 Canterbury LR 171. See also N. Seuffert *Jurisprudence of National Identity Kaleidoscope of Imperialism and Globalisation from Aotearoa New Zealand*, Ashgate, Aldershot, 2006.

4 - Constitution Act 1986, s 2:

1. The Sovereign in right of New Zealand is the head of State of New Zealand, and shall be known by the royal style and titles proclaimed from time to time.
2. The Governor-General appointed by the Sovereign is the Sovereign’s representative in New Zealand.

5 - New Zealand Flag Referendums Act 2015. The spelling of “referendums” rather than “referenda” may indicate a severing of ties with the Latin heritage.

6 - A former Prime Minister is unofficially working on a new constitution: see G Palmer and A Butler *Constitution Aotearoa* (VUP, Wellington, September 2016).

Sometimes, it is said that the Treaty of Waitangi, te Tiriti o Waitangi, is the founding document of the nation. It was signed in 1840 by Māori chiefs and representatives of the Crown (in the name of Queen Victoria). The Treaty has been controversial and not always recognised as having legal validity. It purported to give authority to the settlers to govern while preserving “te tino rangatiratanga” for Māori, allowing them to be responsible for governorship of their own affairs. The precise terms of the Treaty are somewhat opaque: “What matters is the spirit...the Treaty has to be seen as an embryo rather than a fully developed and integrated set of ideas”.<sup>7</sup> Out of this, jurisprudence has developed the concept of partnership between the Crown and Māori. Against this background, the Treaty is an important element in Māori identity, a topic to which we return later.

## II. CORE IDENTITY OF INDIVIDUALS

### A. Registration - births

One of the main facets of a person’s legal identity is their official status within the nation. This has several aspects but a core part of a person’s identity is the registration of their birth and the issuing of a birth certificate. In New Zealand the law is found in a statute with the long-winded name the Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995 (BDMRRA).

Under s 9 of the Act, the parents of a child have the primary responsibility of notifying a Registrar of the birth “as soon as it is reasonably practicable”. This is usually to be done jointly but exceptions are provided for where the father is unknown or one of the parents is unavailable (eg is overseas). Despite the parents’ role, a preliminary notice of a birth must be given by a hospital, doctor, midwife or occupier of the place where the birth took place, depending on the circumstances of the birth.

A birth certificate must contain the following: name, sex,<sup>8</sup> date and place of birth, “where the birth was a multiple birth, the fact that it was such a birth and the person’s birth order”, parents’ details, and citizenship.<sup>9</sup> In the case of a Māori child, the following may also be included: “the kainga (residence), iwi (tribe), and ahuatanga (description) of the person’s mother” and of the father. This could assist in the person’s ability to obtain benefits from belonging to a particular tribe.

### B. Names

A vital part of the birth registration process is the naming of the child. This is done by the parents and the Registrar must accept the names that they come up with “unless, in the Registrar’s opinion, it may be undesirable in the public interest for the person to bear [the name]”.<sup>10</sup> The criteria for a name’s being “undesirable” are: causing offence to a reasonable

7 - *New Zealand Maori Council v Attorney-General* [1987] 1 NZLR 641 at 667

8 - This could be awkward for some intersex people.

9 - R 6, Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration (Prescribed Information) Regulations 1995.

10 - S 19, BDMRRA.



person, unreasonably long, or including or resembling an official title or rank. If a name is declined, the parents can take the matter to the Family Court. In one case, the Court rejected the name “Sir”, as this would imply that the child had a knighthood, an honour still bestowed on people by the monarch.<sup>11</sup> However, the name “Emperor” has been accepted.<sup>12</sup> In another case, it came to the attention of the Judge that a girl aged 8 had not had her birth registered but was known by the name “Talula Does the Hula from Hawaii”.<sup>13</sup> It was held that this name was not in her best interests and that action had to be taken to register the girl with an appropriate name.

Typically, a person’s name will include a surname and at least one “first” name. However, if required by the person’s or a child’s parents’ religious or philosophical beliefs or cultural traditions, a person may bear one name only.

An adopted person has the surname of the adoptive parents.<sup>14</sup>

### C. Change of Name

A person does not have to be known by the officially registered name – indeed many of us have “nicknames”. So long as there is no fraud involved, we can call ourselves what we like. A wife is not compelled by law to take her husband’s surname although there is nothing to stop her doing so by repute. Likewise, on dissolution of the marriage and even after remarriage to another man, the woman can retain her married name, revert to her maiden name, or acquire another name by reputation.

Where however a person wants to take some official action, acquiring a passport being a good example, they must use their registered name. If they have changed their name by repute and wish to change their registered name, they can do so. Persons aged 18 or over, or married or in a civil union, can sign a statutory declaration<sup>15</sup> that their previous name has been abandoned or is intended to be abandoned. Where this is deposited with the Registrar-General, the new name must be included in the birth certificate (subject to the rule that the name must not be undesirable in the public interest).<sup>16</sup>

For minors, their guardians may apply for a name change on the child’s behalf. The guardians will usually be the child’s parents, and, if they have separated, one parent may wish to change the child’s surname or first names against the wishes of the other. If this is the situation, the parties can ask the Family Court to determine the dispute under s 46R of the Care of Children Act 2004 (COCA),<sup>17</sup> and any court order will be binding on the Registrar. Under COCA, the test will be the welfare and best interests of the child, taking into account the child’s own views.

11 - *Ojstersek v Registrar-General* [1997] NZFLR 1006. The government during 1999-2008 abolished knighthoods and damehoods, but the centre-right government elected in 2008 brought them back.

12 - *Naidu v Registrar-General* [1998] NZFLR 141.

13 - *G v K [Guardianship]*[2008] NZFLR 385.

14 - Section 16, Adoption Act 1955.

15 - This used to be done by what was known as a “deed poll”.

16 - Sections 21A and 21B, BDMRRA.

17 - Under relatively new provisions, the parties may first have to go to “family dispute resolution” to try and mediate their dispute: s 46E, COCA.

Disputes may also arise between parents and foster caregivers. In one case, the mother had called her son “Acorn”. He was held to be in need of care and protection, and his foster parents got an order, upheld on appeal, changing his name.<sup>18</sup> One important factor was whether the name would cause the child distress or disturb his welfare in some significant way. Likewise, in a case where a mother had named her daughter “Pagan”, it was held that the name invited “ridicule and embarrassment” and was changed.<sup>19</sup> This was especially warranted because the permanent caregivers, who were Roman Catholics, sent her to a Catholic school.

#### D. Change of Sex

One of the innovative features of the BDMRRA when it was enacted in 1995 was the inclusion of a procedure for a person to change details relating to their sex. This is obviously a major identity issue for transgender people. Politically, the issue of registering a sex change was not controversial at the time, with a centre-right government shepherding the legislation through Parliament.

Part 5 of the BDMRRA enables the Family Court to make a declaration as to sex. This will usually relate to a person 18 or over, but it can also apply to a person under that age if the child is going to be brought up as a person of the alternative “nominated sex” and if it is the child’s wish (s 29).

Various conditions apply for the registration of a sex change (s 28). The person must have been or have assumed “the gender identity of a person of the nominated sex”. Further and importantly, the Court must be satisfied:

on the basis of expert medical evidence, that the applicant:

1. has assumed (or has always had) the gender identity of a person of the nominated sex; and
2. has undergone such medical treatment as is usually regarded by medical experts as desirable to enable persons of the genetic and physical conformation of the applicant at birth to acquire a physical conformation that accords with the gender identity of a person of the nominated sex; and
3. will, as a result of the medical treatment undertaken, maintain a gender identity of a person of the nominated sex...

It will be noticed that all of these conditions must be fulfilled, and they depend on the presence of medical evidence. In one of the early cases, “*Michael*”;<sup>20</sup> the applicant was a female to male transgender person who had had various medical treatments, such as testosterone replacement treatment and a bilateral mastectomy but a hysterectomy and ovariectomy were not medically recommended nor were the cost and risk of genital reconstruction.

18 - *C v LT [Custody]* [2009] NZFLR 1098 per Gendall J especially at [66].

19 - *ACP v TJOM [Name change]* [2011] NZFLR 897 per Judge Burns.

20 - “*Michael*” v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages (2008) 27 FRNZ 58 (FC).

Michael lived and was accepted as a male. Judge Fitzgerald held that an applicant did not have to undergo all available procedures but “some degree of permanent physical change as a result of the treatment (including psychological treatment) received” was sufficient.<sup>21</sup> The sex change order was granted. More recent cases suggest that being on a waiting list or having a desire for surgery will be enough.<sup>22</sup> However, the medical model that is incorporated into the legislation has been criticised as not suiting the circumstances and views of some transgender people who “will never attain legal recognition from a system premised on medical authority over their bodies, either because it is impossible for them to express their identity and experiences in a way that fits this model, or because their political conception of their identity is so far removed from this model that they refuse to partake in it”.<sup>23</sup> Some major policy and philosophical issues thus remain in terms of identity for transgender and intersex people.<sup>24</sup>

### E. Marital Status

A person’s marital status is part of their identity. The Marriage Act 1955 sets out the procedures for getting married. In s 2, “marriage” is defined to mean “the union of 2 people, regardless of their sex, sexual orientation, or gender identity”. The extension of the law to cover same-sex marriages was passed by a large majority in Parliament in 2013 and came into operation on 19 August 2013.<sup>25</sup> The reference to “gender identity” means that the issue of whether a transgender person can marry in the new gender does not arise. In any event, the New Zealand courts had already taken a positive view of this issue by recognising the change of sexual identity for marriage purposes.<sup>26</sup> Under Part 7 BDMRRA, marriages must be registered, and so must the dissolution of marriages.<sup>27</sup>

The position with respect to civil unions is very similar. Civil unions were created by the Civil Union Act 2004, and are an institution very similar to marriage but available to homosexual as well as heterosexual couples. As marriage has since been extended to same-sex couples, the need for civil unions is much reduced.

Many couples live together in de facto relationships. Once stigmatised, they are now treated as one of the norms for couples. New Zealand law awkwardly contains two definitions of “de facto relationship”, but this does mean that such relationships have what may be regarded as legal status, reflected in the general unification of the law relating to property and finance for married, civil union and de facto couples.<sup>28</sup> On the other hand, there is no official registration

21 - At [50].

22 - *Basinger v Registrar-General* [2013] NZFC 3562 at [6]; *MMT v R-G BDM* [2012] NZFC 3533 at [7], and *DAC v Registrar General Births Deaths & Marriages* [2013] NZFC 1998 at [13].

23 - Emily Blincoe “Get your Gavel out of my Pants” (VUW LLB Honours research essay, Wellington 2014 <http://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/4294/thesis.pdf?sequence=2>) at 24.

24 - See generally J. Scherpe (ed), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, Intersentia, Cambridge, 2015, especially E McDonald and J Byrne “New Zealand” at 527.

25 - Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013.

26 - *Attorney-General v Family Court at Otahuhu* [1995] NZFLR 57 per Ellis J.

27 - See the Family Proceedings Act 1980, Part 4, for the substantive rules on the validity of marriage and dissolution.

28 - Property (Relationships) Act 1976, s 2D and Interpretation Act 1999, s 29A. See Bill Atkin ‘De Facto Relationships’ in *New Zealand – A largely unified law* (2016) 50 *Family Law Quarterly* 303).

system for de facto partners, which means that their identity in law is derived more indirectly than it is for married and civil union partners. This will usually happen when a court is called upon to determine for some ancillary reason whether two people are in a de facto relationship.

## F. Status of Children

The rules on registering the birth of a child have already been mentioned. However, for a dependent child, identity is very much tied up with those who are responsible for the actual care and upbringing. They will usually be the child's parents, but the picture is far more complex than this. First, who are the legal parents – a question of status? Secondly, are there others rather than the parents who offer the child a sense of identity? Thirdly, what about genealogy? The latter can be important for inheritance purposes but for Māori “whakapapa” is crucial for the purposes of identity: the iwi, hapū or whānau (tribe, sub-tribe, family group) to which a person belongs gives meaning to life in personal, social, spiritual and other senses and links a person to their ancestral heritage.

This is not the place for a full discussion of the law relating to children, but, for the purposes of law and identity, we should note the following:

1. Legal parenthood can depart from biological parentage. Adoption is the classic example – the adoptive parents replace the birth parents. The effect of this on identity is discussed later on. The common “pater est” doctrine is found in s 5 of the Status of Children Act 1969, ie the presumption that the mother's husband is the father of the child, even though in a minority of cases this is not biologically true. Where there has been assisted reproduction using donation, the biological male donor is excluded from legal parenthood under the Status of Children Act 1969, Part 2. When surrogacy occurs, the intended parents are not treated as the child's legal parents unless an adoption occurs. In short, the law on parenthood can sometimes be quite confusing with respect to a child's identity.
2. The true carers of a child may not be both the parents. One of them may be a solo parent, or the parents may have separated and be caring for the child at different times. The child may identify with someone else entirely, for example with grandparents if they are the day-to-day carers, or foster parents. Where there is a dispute, the principles of the Care of Children Act 2004 come into play, including the child's welfare and best interests. One of the principles in s 5 refers expressly to identity:

*a child's identity (including, without limitation, his or her culture, language, and religious denomination and practice) should be preserved and strengthened.*

Another principle that takes us back to a wider notion of family identification is as follows:

*child should continue to have a relationship with both of his or her parents, and that a child's relationship with his or her family group, whānau, hapū, or iwi should be preserved and strengthened.*

These provisions echo to a certain extent the child's "right to identity" found in article 8 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which includes family relations.

3. The legal position is rather different under the Children, Young Persons, and Their Families Act 1989, now awkwardly renamed the Oranga Tamariki or Children's and Young People's Well-being Act 1989. This Act deals with child abuse and youth offending. While the welfare and interests of the child are the paramount consideration in child protection cases, the key principles include the participation of the family group and the strengthening of the child with the family group.<sup>29</sup> One of the principles states that decisions "should be made by adopting a holistic approach that takes into consideration, without limitation, the child's ...age, identity, cultural connections, education and health". "Identity" is not further defined, but the family and cultural focus in the Act implies that identity is tied up in essence with that focus, rather than being something that is purely about the individual.

## G. Citizenship

Citizenship or nationality determines a person's official link to a country, and thus is part of that person's identity. It provides the person with the rights conferred on New Zealanders but also obligations of citizenship.

The governing law in New Zealand is the Citizenship Act 1977, which also applies to the Cook Islands, Niue, Tokelau and the Ross Dependency.<sup>30</sup> The most common way to obtain New Zealand citizenship is by being born in the country, but other ways are by descent and by "grant". The following summarises the principal rules.

Persons born in New Zealand before 1 January 2006 are citizens. Those born on or after that date must show that one of their parents<sup>31</sup> was either a New Zealand citizen or was entitled to be in the country indefinitely under the Immigration Act 2009. Two other narrow categories are people who would otherwise be stateless or who have been abandoned and the parents cannot be identified. Those born outside of New Zealand to diplomatic, trade, or military staff are treated as citizens under this category.

Citizenship by descent relates to persons born outside New Zealand. One of the parents must be a New Zealand citizen but not by descent. Descent therefore does not keep running through the generations. An exception applies where the child would otherwise be stateless.

Citizenship in other circumstances can arise through long-term residence in New Zealand and other residual categories, including where there are humanitarian reasons. In all these cases, there is no automatic right to citizenship, which depends on the discretion or "grant"

29 - Oranga Tamariki or Children's and Young People's Well-being Act 1989, ss 5 and 6. "Oranga tamariki" is a Māori phrase meaning care for children. The Act refers to family, whānau, hapu, iwi and family group.

30 - Various historical aspects of this topic are not explored here.

31 - Under the Citizenship Act 1977, s 3, this includes parentage by adoption under New Zealand law, including overseas adoptions recognised in New Zealand.

of the Minister of Internal Affairs. The Minister must, however, act according to proper administrative law procedures.

Section 8 of the Citizenship Act 1977 is the primary provision on citizenship by grant. It relates to people who are aged 16 or over who are entitled to be in the country indefinitely under the Immigration Act 2009. They must have lived in New Zealand for five years and have actually spent three quarters of that time in the country. The person must intend to stay in New Zealand. These criteria for being granted citizenship are reasonably precise but there are others that are less so: the applicant must be “of good character”, have “sufficient knowledge of the responsibilities and privileges attaching to New Zealand citizenship”, and have “sufficient knowledge of the English language”.<sup>32</sup> The latter requirement can be waived in cases of undue hardship where for example the applicant is elderly and is joining family already in the country.

Section 9 provides for the grant of citizenship “in special cases”, essentially where the applicant does not fit into the criteria in s 8. However, there is another category where “granting a certificate of New Zealand citizenship to the applicant would be in the public interest because of exceptional circumstances of a humanitarian or other nature relating to the applicant”. An example could be where a child has been born by surrogacy for the benefit of New Zealanders (including two gay men). The Minister can grant the baby citizenship in this situation, thus overcoming problems of the baby’s entry into New Zealand. Because of anti-discrimination rules, the Minister would not be able to decline an application, for example, because the parents are gay.

### III. SOME INTERNATIONAL ELEMENTS

The question of citizenship, just discussed, touches on the position of people who move to New Zealand from abroad. In other words, these people want to reconfigure their identity or place in the world. Often this will be with their spouse or partner and family. The law on immigration can be fraught, as seen in the United States presidential campaign and in the British “Brexit” vote. The law in New Zealand is explored in brief here, with a short section on passports first.

#### A. Passports

Under s 3 of the Passports Act 1992, every New Zealand citizen “is entitled as of right” to a passport. A passport is an official document issued by the government “that purports to establish the identity and nationality of the holder”.<sup>33</sup> A passport must be issued to a New Zealand citizen with one exception: on national security grounds. Section 4A refers to acts of terrorism, weapons of mass destruction, and actions that might cause “devastating or serious economic damage”.

32 - Curiously relating only to one of New Zealand’s three national languages, the other two being Māori and sign language.

33 - Passports Act 1992, s 2. Interestingly, Nanaia Mahuta recently became the first woman Member of Parliament to get a moko – a tattoo on the chin. She described it as “a statement of identity, *like a passport*... I am at a time in my life where I am ready to make a clear statement that this is who I am...” (emphasis added): (<https://www.theguardian.com/world/2016/aug/11/first-woman-mp-maori-facial-tattoo-nz-parliament-moko-kauae>).

The Act also refers to a “certificate of identity” which is a document, short of a passport, issued by any country to establish the person’s identity for entry into and exit from a country. A certificate of identity “may” be issued to a non-New Zealand citizen if the person cannot obtain a travel document from their own country.<sup>34</sup> An emergency travel document can also be issued in certain circumstances, for example where a passport has been lost or stolen.<sup>35</sup>

## B. Immigration

The Immigration Act 2009 is very large, and covers a wide range of matters to do with visas, arrivals and departures, refugees, deportation, appeals and various other procedural matters. Some people entering New Zealand do so as tourists, students, business people, etc, while others want to settle in the country or seek to escape from a dire situation. The reasons affect a person’s identity to varying extents: for a tourist hardly at all, for a refugee to a much greater extent because they are turning their back on their heritage and their former country. In a broader sense, immigration (and emigration) is about the right to freedom of movement and residence,<sup>36</sup> which in turn can play a role in a person’s development and thus their identity. Immigration laws, however, tend to put up barriers for those outside the country and, depending on the circumstances, can thus fail to enhance the development of a person’s identity.

Just a few relevant points are made here:

- Under s 13 a New Zealand citizen has the right to be and enter New Zealand at any time. This reinforces the person’s identity as a New Zealander. However when re-entering the country, a person must have proof of their identity. Biometric information such as photographs, fingerprints and an iris scan can help to satisfy this requirement.
- Under s 14, a non-New Zealand citizen needs a visa unless a visa waiver applies. Waivers are provided for in s 18 and Schedule 2 of the Immigration (Visa, Entry Permission, and Related Matters) Regulations 2010. General waivers apply to Australians, and people of many other countries where the person intends to stay for only a short time. Under s 45, the grant of a visa is said to be generally a matter of discretion. There are different kinds of visas, for example temporary visas for tourists or business people, but the main one for “identity” purposes is the “residence class visa”, which allows people, inter alia, to work or study in New Zealand.<sup>37</sup>
- Part 5 of the Immigration Act 2009 deals with refugees and protected persons. “Refugee” and “protected person” have the same meaning as in the United Nations Refugee Convention of 1951, and it follows for instance that the person can usually not be deported. Some refugees enter New Zealand under a government-sponsored programme but others may arrive and seek asylum.

34 - Passports Act 1992, s 16.

35 - Passports Act 1992, s 23.

36 - New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 18.

37 - Immigration Act 2009, ss 71-75.

- Part 7 of the Immigration Act 2009 provides a comprehensive system of appeals and reviews of decisions about immigration.
- Trafficking in people is a classic example of a denial of a person's identity, not unlike slavery. New Zealand is a party to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime 2000 (and protocols) and has legislated on this over several different statutes.

One of the issues that has caused significant problems for the courts relates to overstayers' children born in New Zealand. The child has New Zealand citizenship but the parents are liable to deportation. The child's identity is tied up not only with the care provided by the parents but also with the child's life growing up in New Zealand, including such things as schooling. What happens if the parents are liable to be deported? Under s 207 a person can appeal to the Immigration and Protection Tribunal on humanitarian grounds. More specifically the test is whether:

1. there are exceptional circumstances of a humanitarian nature that would make it unjust or unduly harsh for the appellant to be deported from New Zealand; and
2. it would not in all the circumstances be contrary to the public interest to allow the appellant to remain in New Zealand.

An early Court of Appeal decision, *Tavita v Minister of Immigration*,<sup>38</sup> accepted that the United Nations Convention on the Rights of the Child should be taken into account. The leading authority now is a judgment of the Supreme Court, *Ye v Minister of Immigration*.<sup>39</sup> It held that the parents must advance a case based on the interests of the children. Yet, immigration officers sometimes have a duty to make their own inquiries, or alternatively, a court may need to appoint a lawyer to represent the children. Family solidarity – and hence the child's sense of belonging and identity – can be an important factor but it is no guarantee that the family will be able to stay in New Zealand. The test in s 207 has several significant hoops to be leapt through.

### C. Private International Law

In the context of private international law, a connecting factor is usually necessary in order for jurisdiction to exist. This is of relevance to identity because it is an indication of how the law in this particular context identifies the individual and links the person to the law of a particular jurisdiction. The connecting factor may be something like nationality, residence, or habitual residence,<sup>40</sup> but in common law countries one of the traditional concepts has been that of "domicile". Although the word "domicile" suggests otherwise, it is possible for someone to have as their domicile a country in which they have never resided.

38 - *Tavita v Minister of Immigration* [1994] 2 NZLR 257 (CA).

39 - *Ye v Minister of Immigration* [2010] 1 NZLR 104 (SC). See also *Helu v Immigration and Protection Tribunal* [2016] 1 NZLR 298 (SC).

40 - The law on international child abduction is a classic example of the use of habitual residence; in New Zealand see the Care of Children Act 2004, Part 2, Subpart 5.



The original rule in New Zealand and other British countries was that a wife's domicile was dependent on that of her husband. This followed from the days when a married couple was treated as a unity with the husband as the head – an interesting historical aspect of the legal identity of a wife. Under s 5 of the Domicile Act 1976 the dependent domicile rule was abolished, with the result that both husbands and wives can now have independent domiciles.

The position of children is a little more complex. Under s 6, the child has the father's domicile if the parents are living together and, if the parents split, that domicile is retained until the child "has its home" with the mother.<sup>41</sup> If the parents had not lived together, then the mother's domicile applies. At the age of 16, a child can have an independent domicile.

#### IV. CULTURAL IDENTITY

Much of the law on identity discussed above applies to individuals. It is the individual who has an official name, a legal status, citizenship, and a passport. The law tends to endow individuals with human rights, such as a right to freedom of expression, a right to life, a right not to be tortured, even perhaps a right to identity. However, in exploring these aspects of the law, we have also flagged that a person's identity is not that of an independent individual in splendid isolation. Our identity, including our legal identity, is inextricably linked to our relationships with others – our spouses or partners, our children or parents, our fellow workers, and so on. In a very deep way, our identity is about relationships and culture.

My argument is that this is true of everyone (even the hermit) but for some in New Zealand it is intrinsically the starting point of any discussion about identity, not the end-point. At the risk of a little bit of repetition, the reader is reminded that for Māori a person's existence has meaning through whakapapa (heritage and ancestry) and through links to whānau, hapā or iwi. Cultural identity in this sense is thus crucial. We have already noted how this is recognised in particular in the Oranga Tamariki or Children's and Young People's Well-being Act 1989 and to a lesser extent in the Care of Children Act 2004. We have also noted how the Treaty of Waitangi has given rise to the jurisprudence of partnership between the Crown and Māori.

Māori identity is also bound up with tribal lands, which can have a spiritual quality that cuts very deeply in terms of the way in which Māori relate to the rest of the community. Historically, cultural identity was massively compromised by colonial confiscation of tribal lands. Recognition of these historical injustices has led to remedial processes: while the remedy may involve the return of land, the subtext is about cultural identity.

The Waitangi Tribunal was created as a permanent commission of inquiry under the Treaty of Waitangi Act 1975. It investigates breaches of the Treaty and makes recommendations on claims. Since the Tribunal's creation, many Treaty settlements have occurred, usually between the government and a tribe or subtribe and also one relating (in particular) to

---

41 - The use of "its" in English is interesting, as "it" typically applies to things. It is questionable whether we should still use language that identifies a child not as a person but as a thing.

intellectual property.<sup>42</sup> These settlements and other legal initiatives, for example to do with the Māori language (“te reo”) and broadcasting, have made a big difference to the Māori sense of identity.

What about Pacific Islanders, who are not indigenous to New Zealand but who have migrated to New Zealand in large numbers? As noted above, Cook Islanders, Niueans and Tokelauans can obtain New Zealand citizenship under the Citizenship Act 1977 but this is not true of other Island nations.<sup>43</sup> One Pacific writer suggested that “the concept of identity is both beautiful and confusing”.<sup>44</sup> Using the concept of place, she notes that it not only refers to spatial location, but is also used “to locate people in society”.<sup>45</sup> For Pacific Islanders, this becomes a question of how to connect living in New Zealand with a sense of belonging to the distant islands. This can be done through social structures (family, church, clubs), ceremonial activities, cultural protocols and values, and spirituality. How does this relate to the law? There is a Minister of Ethnic Communities in charge of the Office of Ethnic Communities and a Ministry of Culture and Heritage. Beyond that, there is little that is explicit in the law to support the notion of cultural identity that we are talking about. Rather, ethnic groups will use the legal structures that apply across the board for a wide range of community activities.<sup>46</sup>

## V. BEING STRIPPED OF IDENTITY

One way of thinking about law and identity is to consider situations where the law has had a negative impact on identity or where the law has had to deal with situations of people being stripped at least in part of their identity. Three examples will suffice.

### A. Sexual Orientation

Reference has already been made to transgender and intersex people. The history of gay and lesbian people has been fraught and has differed around the world. In relation to gay men, the law has historically stripped them of a key facet of their identity, most obviously by making their activities a crime. The development of the law in New Zealand (as elsewhere) is a reversal of this process.

In brief, the Homosexual Law Reform Act was passed by a narrow majority (49 to 44) in Parliament in 1986. It decriminalised the law, amending the Crimes Act 1961 to allow consensual sex between males aged 16 and over. The debate in Parliament and in the community was bitter. However, when a right-wing government later updated the human rights legislation and extended the grounds of unlawful discrimination to include “sexual orientation”, there was barely a murmur.<sup>47</sup>

42 - Waitangi Tribunal Report *Ko Aotearoa Tēnei A Report into Claims Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity* (Legislation Direct, Wellington 2011).

43 - See above Part III(g).

44 - Fuapepe Rimoni “Identity and its relationship to place” [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1971462](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971462) at 224.

45 - At 221.

46 - For example the law on charities and non-profit incorporated societies.

47 - Human Rights Act 1993, replacing the Human Rights Commission Act 1977. In s 21(1)(m), “sexual orientation” is

In 2001 major pieces of legislation, such as that which deals with property division when couples separate, were extended to de facto relationships, including same-sex de facto relationships.<sup>48</sup> In 2004 Parliament narrowly passed the Civil Union Act, which, as noted earlier, provides a legal structure for both same-sex and opposite-sex couples to use in order to give their relationship formal recognition. For most purposes, civil unions have the same characteristics and registration rules as marriages. The debate on this legislation reverted to being very acrimonious. However only a few years later, the Marriage Act 1955 was amended to allow same-sex couples to marry (as noted in Part III(e) above). The majority in Parliament was nearly 2 to 1, and the opposition to it was very muted.

Much more can be said about this issue, but enough has been said to indicate that the law has shifted tack in favour of recognition rather than denial of sexual identity.

## B. Adoption

Much the same is true of the law of adoption, although many loose threads remain. Few adoptions take place today in New Zealand. They are commonly family, step-parent, surrogacy or intercountry adoptions. The hallmark now is that they are “open” and a social relationship is usually maintained with the birth parents. This was certainly not always true: adoptions were once “closed” or “secret”, reinforced by the rule that still exists that the legal parenthood relationship between birth parents and child is severed, sometimes referred to as “a statutory guillotine”. In this sense, adopted persons were “stripped” of an important aspect of their identity, and the pretence was pursued that the birth parents did not really exist. People also claim that some adoptions were “forced”, ie that the consents obtained typically from unmarried mothers were not genuine. Calls have now been made for an inquiry into forced adoptions, but the government has rejected them.<sup>49</sup>

A major advance in restoring the identity of adopted persons and indeed also of birth parents (usually mothers) was the passage of the Adult Adoption Information Act 1985. This Act enables birth parents and adopted persons aged 20 or over to obtain identifying information about the birth and the adoption. Birth parents in relation to adoptions that occurred before 1 March 1986 can place a veto on the release of information, and adopted persons can do likewise. This statute relates to adoptions that took place some time ago in the “closed adoption” era, and, with the prevalence of the practice of open adoption, the same issues no longer arise.

On the other hand, the Adoption Act 1955 is widely recognised as being outdated. It does not provide for open adoption as such (though it does not prevent it), and customary Māori adoptions (known as whāngai) are expressly denied legal recognition. Further, in March 2016

---

stated to mean “a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation”. Does this definition miss out those who have no particular sexual preference at all?

48 - See now the Property (Relationships) Act 1976, originally called the Matrimonial Property Act 1976.

49 - “Mothers call for forced adoption inquiry and apology: ‘If Australia can do it, we can’” <http://www.stuff.co.nz/national/82809288/mothers-call-for-forced-adoption-inquiry-and-apology-if-australia-can-do-it-we-can>, and “Ardern takes up call for inquiry into forced adoptions after ‘baby scoop’ era claims” <http://www.stuff.co.nz/dominion-post/news/82937005/ardern-takes-up-call-for-inquiry-into-forced-adoptions-after-baby-scoop-era-claims>.

the Human Rights Review Tribunal granted seven declarations of inconsistency under the Human Rights Act 1993, ie that the 1955 Act discriminated unlawfully on seven grounds and was thus inconsistent with the human rights law.<sup>50</sup> The government had to respond to these declarations within 120 days but, when it did so, it indicated that it planned to do nothing to rectify the situation.<sup>51</sup>

Important strides have been made with respect to the loss of identity through adoption, but the primary legislation remains in desperate need of reform.

### C. Identity Theft

It has always of course been possible to impersonate someone, but the issue of identity theft has taken on a fresh hue with the advent of electronic communications and digital recording. One side of the issue is having a safe way of proving your identity when this is necessary to access various services and not to have this abused by someone else stealing your identity. The other side of the coin is the way in which the law deals with people found to have committed identity theft.

With respect to the first, New Zealand passed the Electronic Identity Verification Act 2012. This was designed to regulate the Electronic Identity Verification Service, which provides individuals with a secure way of identifying themselves via the internet. “Identity-related information” is defined in s 7 as follows:

(ait] means any or all of the following:

1. adoption information, birth information, death information, marriage information, civil union information, and name change information under the Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995:
2. citizenship information (within the meaning of section 26A(6) of the Citizenship Act 1977):
3. identifying information (within the meaning of section 303(8) of the Immigration Act 2009, except that it also includes the expiry date of any visa granted to the individual (if applicable)):
4. New Zealand travel document information of a kind referred to in section 37 of the Passports Act 1992:
5. bincludes a photograph of the individual to whom the information referred to in paragraph (A.) relates.

A person can apply to the Service for an electronic record to be created of their personal information and can allow this information to be released to an authorised agency. The

50 - *Adoption Action Inc v Attorney-General* [2016] NZFLR 113.

51 - <http://www.lawsociety.org.nz/news-and-communications/latest-news/news/no-large-scale-reform-for-adoption-law,-government-says>.

record of information is called “an electronic identity credential”. The converse of being able to prove one’s identity by this system is to avoid misuse of identity. The agencies that check a person’s identity can be sure that they have the right person and not an imposter.<sup>52</sup>

With respect to identity theft as a crime, the existing law provides for many situations already. Some recent examples are: obtaining a missing person’s birth certificate in order to get a driver’s licence and credit cards (obtaining by deception),<sup>53</sup> stealing a laptop, thus enabling the use of credit card details (various dishonesty charges including obtaining by deception),<sup>54</sup> opening an account at a credit union in someone else’s name (perverting the course of justice, theft and obtaining by deception),<sup>55</sup> and falsely collecting a competition prize by pretending to be the prize winner, having asked to be the prizewinner’s “friend” on Facebook (harassment).<sup>56</sup> In *Enache v New Zealand Police*,<sup>57</sup> the appellant “stole” a trusted friend’s passport and inserted her own photograph. She then used it to establish a good credit rating for tenancy purposes. She argued that she should be discharged without conviction but Muir J rejected this. The appellant had worked in the financial services industry and the conduct fell below the standards necessary for that. “All cases of identity theft have to be regarded as serious offending by this Court”.<sup>58</sup>

While the criminal law is able to deal with many instances of identity theft, the digital age is moving so fast that gaps may appear. Recently Parliament passed the Harmful Digital Communications Act 2015, which deals with such things as cyber-bullying.<sup>59</sup> Whether it can be used for identity theft remains to be seen.

## CONCLUSION

What is identity? In many respects the law treats this as a question about the individual. However, the individual’s identity is tied up with community, relationships, culture, sexual orientation, and so many other facets of human life. Sometimes people can lose their identity or the law may deny an important part of a person’s identity. People can also be labelled “elderly” or “disabled” or “vulnerable”<sup>60</sup> or “mentally disordered”<sup>61</sup> and when this happens

52 - The Identity Information Confirmation Act 2012 is a companion statute that allows for agencies to confirm identity information but it is not limited to the data collected by the Electronic Identity Verification Service. It can play a role in the prevention of identity-related crimes.

53 - *Fannin v New Zealand Police* [2016] NZHC 168 (reparation order reduced on appeal).

54 - *Crawford v New Zealand Police* [2015] NZHC 3262 (on appeal sentence of 2 years 8 months reduced to 2 years 3 months because of remorse and rehabilitative efforts).

55 - *The Queen v Nipper* CRI-2010-004-022743 and CRI-2011-004-004808, Auckland District Court, 28 Sept 2011 (100 hours community work).

56 - *Police v Harris-Reardon* [2012] DCR 568. Some months earlier the defendant had pleaded guilty to accessing a computer system for a dishonest purposes under s 249 of the Crimes Act 1961 (provision added in 2003). That section was also discussed by the Supreme Court in *Dixon v R* [2015] NZSC 147, [2016] 1 NZLR 678 but on a different point about the meaning of “property”.

57 - *Enache v New Zealand Police* [2015] NZHC 2586.

58 - *Enache v New Zealand Police* [2015] NZHC 2586 at [47].

59 - See the first case under the Act: *Police v B* [2017] NZHC 526, [2017] NZFLR 214 per Downs J.

60 - Parliament passed the Vulnerable Children Act as recently as 2014, running the risk of treating some children as “vulnerable” whether this is truly part of their identity or not.

61 - See the Mental Health (Compulsory Assessment and Treatment) Act 1992.

something of their own identity is lost or altered. When this process is reversed, maybe people regain the lost bit of their identity or feel “complete”. At the end of this paper, I gave a couple of examples of how this process can be seen in the development of New Zealand law. Many other examples could be explored. Perhaps the lesson is that the law and lawmakers need to be ever vigilant not to undermine people’s identity but rather to bolster it.

**Philippe GUEZ**

Université de Paris-Nanterre, Centre d'Études Juridiques Européennes et Comparées (CEJEC),  
en poste à l'Université de la Polynésie française de 2013 à 2017

160

L'identité est un thème qui a envahi l'ensemble des sciences sociales, y compris les sciences juridiques<sup>2</sup>, si l'on en juge par le nombre impressionnant d'études qui lui sont consacrées. Depuis de nombreuses années, ce thème pénètre également le débat public et principalement politique. L'identité y est le plus souvent appréhendée de façon pessimiste<sup>3</sup>. La rhétorique de la « crise identitaire » s'est banalisée et les causes sensées l'expliquer reposent sur de multiples facteurs, eux-mêmes objets de polémiques (globalisation de l'économie, circulation accrue des personnes et des idées, prolifération des fondamentalismes culturels, religieux, etc.). Les questionnements liés à l'identité traversent aussi les sociétés autochtones<sup>4</sup>. S'agissant plus particulièrement de la Polynésie française, on constate depuis la fin des années 1970 un renouveau identitaire s'exprimant sous l'appellation *mā'ohi* (i.e. originaire des îles polynésiennes)<sup>5</sup>, qui a entraîné, par exemple, la réapparition massive du tatouage – dont la pratique avait disparu au XIX<sup>e</sup> siècle – et, sur un plan culturel, des groupes de chant et de danse.

Afin de comprendre la façon dont le droit appréhende, directement ou indirectement, la question de l'identité en Polynésie française, il n'est pas inutile de rappeler, sans en retracer toute l'histoire, les évolutions culturelles et juridiques de ce territoire depuis sa découverte au XVIII<sup>e</sup> siècle par les navigateurs européens. Deux facteurs initiés par les européens ont profondément modifié la société polynésienne : la christianisation, qui précéda le protectorat, puis la colonisation par la France.

L'évangélisation protestante a été entreprise sous l'égide de la *London Missionary Society* à partir de 1797. Dans l'ensemble, l'acculturation religieuse fut très largement volontaire. Son incidence ira au-delà de la disparition de la religion traditionnelle. Elle entraîna des changements majeurs sur un plan institutionnel et juridique. Alliés au roi Pomare II, les missionnaires permirent à un nouveau modèle politico-religieux de s'imposer durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Les « codes pomare », étendus aux îles sous-le-vent, voulaient modifier

1 - Contribution rédigée en octobre 2017.

2 - Voir note J. Chevallier (dir.), 1994, *L'identité politique*, coll. Publications du CURAPP, PUF ; D. Gutmann, 2000, *Le sentiment d'identité. Études de droit des personnes et de la famille*, coll. Bibl. dr. priv., t. 327, préf. Fr. Terré, LGDJ, et, plus récemment, B. Mallet-Bricout et Th. Favario (dir.), 2015, *L'identité, un singulier au pluriel*, Coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, et S. Bollée et E. Pataut (dir.), 2016, *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, coll. Bibl. IRJS - André Tunc, IRJS Éditions.

3 - A. Finkielkraut, 2013, *L'identité malheureuse*, Stock, suivi de *ibid.*, 2015, *La Seule Exactitude*, Stock. Pour une contestation de l'idée selon laquelle la crise identitaire serait liée à l'immigration, voir *Le Débat*, n° 179, mars-avril 2014. Pour une autre approche, voir le très bel essai de A. Maalouf, 2001, *Les identités meurtrières*, Grasset.

4 - Sur la notion d'autochtonie et la protection qui y est attachée, voir V. Parisot, « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », in S. Bollée et E. Pataut, (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 219.

5 - B. Saura, 2008, *Tahiti Mā'ohi. Culture, identité, religion et nationalisme en Polynésie française*, Au vent des îles.

en profondeur les anciennes institutions sociales<sup>6</sup>. Empreint d'un très grand puritanisme (condamnant, par exemple, la danse, le tatouage), ils entendaient remodeler la société autour de nouvelles valeurs, une nouvelle organisation, un royaume chrétien<sup>7</sup>. Paradoxalement, l'acculturation chrétienne a joué un rôle dans la préservation de la culture polynésienne. Ce sont les églises qui ont créé l'écriture de la langue polynésienne (afin de pouvoir traduire la bible en tahitien), participant ainsi à sa sauvegarde.

La colonisation française a été originale à plus d'un titre. De 1842 à 1880, le royaume Tahitien fut placé sous protectorat français. Par le biais de ce protectorat, un « État tahitien » fut reconnu et exerça officiellement sa souveraineté. Mais celle-ci sera peu à peu réduite à une portion congrue. C'est ainsi qu'à partir de 1866, les codes français (code civil et code de commerce) furent déclarés applicables, ce qui amorça le déclin des codes initiés par les missionnaires<sup>8</sup>. Au moment de l'annexion du royaume par la République française en 1880, tous les sujets du roi Pomare V obtinrent la nationalité française. Une telle situation était tout à fait atypique si on la comparait avec le statut des indigènes des autres colonies françaises qui étaient de simples sujets français<sup>9</sup>. Encore faut-il préciser que cela ne concernait pas tous les habitants de l'actuelle Polynésie française. Les populations des autres îles – dont certaines, déjà été colonisées par la France (par exemples les Marquises en 1842), ne faisaient pas partie du royaume – ne furent que de simples sujets français. Il faudra attendre 1945 pour que tous les indigènes des Établissements Français d'Océanie (EFO) qui ne l'étaient pas encore deviennent citoyens français<sup>10</sup>.

Au moment de céder son royaume, le roi Pomare V exprima le souhait que la France gouverne son peuple « en tenant compte des lois et coutumes tahitiennes » et « laisse toutes les affaires relatives à la terre entre les mains des tribunaux indigènes ». Ces réserves furent acceptées par la République jusqu'à ce que les juridictions indigènes statuant en matière foncière (les *to'ohitu*) tombent en désuétude à la fin des années 1930, pour disparaître en 1945 au moment où les EFO sont devenus un Territoire d'Outre-Mer (TOM). Ce moment marque l'évolution statutaire de ce territoire qui, en 1956, prendra le nom de Polynésie française. Un premier statut d'autonomie fut adopté en 1977 (limité, à l'époque, à l'autonomie de gestion). L'autonomie interne interviendra par deux lois statutaires importantes (en 1984 et 1996), puis par la loi organique de 2004. Le statut actuel octroie de très nombreuses compétences à la Polynésie française. À cela, il convient d'ajouter que la Polynésie est soumise au régime de la spécialité législative, ce qui signifie que « les normes juridiques françaises ne s'y appliquent pas de plein droit. Le droit est, pour l'essentiel, produit "localement" et donc, depuis la IV<sup>e</sup> République [et l'instauration de l'autonomie], par les "Polynésiens" »<sup>11</sup>.

6 - Cf. not. C. Raybaud, 2014, *Passage de la coutume à la loi en Polynésie orientale (1767-1945)*, coll. « Mémoire du Pacifique ».

7 - B. Saura, *op. cit.*, p. 51.

8 - Sur cette évolution, voir B. de Loynes de Fumichon, « La résistance des coutumes polynésiennes à la réception du droit français (1842-2000) », in *Liber Amicorum*. Mélanges réunis en hommage au Professeur Jean-Louis Thireau, 2019, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, hors-série, p. 245.

9 - B. Gille, 2009, « Tahiti et ses dépendances », in A. Leca et B. Gille (dir.), *Histoire des institutions de l'Océanie française, Polynésie – Nouvelle-Calédonie – Wallis & Futuna*, coll. « Mondes Océaniques », L'Harmattan, p. 43.

10 - Le terme indigène excluait les chinois et les étrangers même nés en Polynésie. Les chinois de Polynésie furent naturalisés au début des années 1970.

11 - A. Moyrand, « Qui fabrique le droit en Polynésie française ? », in A. de Raulin et J.-P. Pastorel (coord.), 2018, *Gouvernance et réforme administrative, Mélanges en l'honneur de Marc Debène*, PUAM, p. 195.



Pour qui voudrait décrire sommairement la société polynésienne contemporaine, il conviendrait de relever en premier lieu l'homogénéité de sa population. La Polynésie française n'a pas été une colonie de peuplement. Les dernières statistiques « ethniques » dont nous disposons révèlent que les personnes d'origine européenne représentent moins de 10 % de la population. Le pouvoir politique, au sein des institutions du Pays, ainsi que le secteur économique sont entre les mains des « Polynésiens ». Cette société, fortement marquée par les religions (essentiellement chrétiennes), a connu d'importants bouleversements dans les années soixante suite au développement économique consécutif à l'installation du Centre d'expérimentation du Pacifique. Si les Polynésiens ont adopté bien des éléments de la société de consommation (surtout à Tahiti qui est l'île la plus peuplée), « la fidélité au mode de vie traditionnel se traduit par la reconnaissance de certaines coutumes ou, au moins, par l'adhésion à certains principes, à certaines conceptions, que l'on observe en plusieurs domaines du droit »<sup>12</sup>. C'est dire si la disparition du droit traditionnel et des diverses institutions coutumières n'a pas entraîné la perte des valeurs et de l'identité polynésienne. En effet, si le processus d'acculturation juridique a été violent, dans ses manifestations et ses résultats, il « n'a altéré que [les] institutions juridiques coutumières et très peu la culture autochtone »<sup>13</sup>.

Ce long rappel permet de mieux cerner la question du « droit à » l'identité en Polynésie française. Celle-ci, comme la notion d'identité, peut se décliner de deux façons. Il s'agit, en premier lieu, d'analyser la façon dont le droit procède à l'identification des personnes physiques. Cette identification se réalise à travers les critères pris en compte par les actes de l'état civil (ainsi que les documents d'identité). En principe, la façon dont le droit appréhende cette identité « individuelle » ne devrait pas rencontrer de spécificité en Polynésie française. En effet, l'état des personnes reste encore aujourd'hui une matière qui relève de la compétence de l'État. Pour autant, cela ne veut pas dire qu'il n'y a, en la matière, aucune difficulté. En effet, si l'état civil est organisé de la même façon en Polynésie qu'en France métropolitaine, sa mise en place et son organisation ont pu contrarier l'identité de la personne (I). L'identité se conçoit également par référence à un groupe social. Elle permet de rattacher la personne à la communauté à laquelle elle prétend appartenir. Elle s'exprime à travers la protection de l'identité culturelle, mais pas uniquement. La survivance de coutumes, de pratiques locales, même exprimées tant bien que mal au sein ou en marge du droit introduit par la France, contribue à la survivance d'une identité sociale et juridique autochtone (II).

## I. L'IDENTITÉ DANS SA DIMENSION INDIVIDUELLE

L'identité polynésienne recèle un certain particularisme en matière d'état des personnes. Dans une société dont la langue n'était pas écrite, la preuve de cet état se faisait de façon orale au sein de la famille, du clan, du district<sup>14</sup>. Imposer la preuve écrite de l'identité civile de la personne a été source d'un certain malaise (A). Par ailleurs, il existe au sein de la société polynésienne une certaine tolérance en matière de transidentité. L'identité de genre de la

12 - B. de Loynes de Fumichon, « La résistance des coutumes polynésiennes à la réception du droit français (1842-2000) », préc.

13 - A. Moyrand, « Qui fabrique le droit en Polynésie française ? », préc. spéc. p. 20.

14 - C. Raybaud, *Passage de la coutume à la loi en Polynésie orientale (1767-1945)*, op. cit., p. 637.

personne peut, dans certains cas, présenter des spécificités que sont mieux acceptées par le droit français compte tenu de son évolution en la matière (B).

### A. L'identité civile de la personne

La mise en place d'un état civil s'est heurtée à une particularité de la société polynésienne en matière d'état des personnes : la liberté de changer de nom, dont l'usage était fréquent. Avant l'influence européenne, les Polynésiens n'avaient pas de nom patronymique. Les enfants avaient un prénom qui leur était propre, « mais prenaient indifféremment pour nom le prénom ou le nom de leur mère ou de leur père »<sup>15</sup>. En outre, chaque événement important de la vie était l'occasion d'un changement de nom. Au moment du mariage, la coutume voulait que les époux reçoivent chacun un nouveau nom<sup>16</sup>. Une institution particulière avait également une incidence en matière de nom : l'adoption *fa'a'atau*. Il ne s'agissait pas d'une « adoption » au sens où nous l'entendons, mais de la consécration d'une nouvelle amitié. Cette institution était fondée sur l'amitié réciproque que se portaient deux jeunes hommes qui décidaient de se considérer comme deux frères dans les actes de la vie courante<sup>17</sup>. Pour toutes ces raisons, la personne pouvait porter plusieurs noms, « jusqu'à sept dans un cas encore attesté en 1953 »<sup>18</sup>.

À la suite de l'évangélisation protestante, un embryon d'état civil fut mis en place. Les missionnaires se chargèrent de tenir des registres des mariages, des baptêmes et des décès<sup>19</sup>. Ce n'est toutefois qu'avec le protectorat de la France que s'instaure une double organisation de l'état civil, française et tahitienne. L'unité de l'état civil sera affirmée en 1866 et, à compter de 1877, il n'y eut plus qu'une seule organisation d'état civil dans les différentes composantes de l'actuelle Polynésie française<sup>20</sup>. Celle-ci mettra bien des années avant d'être acceptées par la population autochtone<sup>21</sup>.

Il est intéressant de relever que la mise en place de l'état civil ne se bornait pas à récolter des informations sur la personne. Elle incarnait déjà une certaine conception de la famille. Ainsi, à propos du mariage, la loi de l'assemblée tahitienne du 11 mars 1852<sup>22</sup> indiquait que le mariage religieux n'était pas aboli mais qu'il ne suffisait pas : « seul le mariage légal est de rigueur » (article 13). S'agissant de la dévolution du nom de famille, il était indiqué que « l'enfant né dans le mariage sera inscrit sous le nom de famille du père ; l'enfant né hors mariage sera inscrit sous le nom de famille » (article 19). La loi met également l'accent sur l'immutabilité du nom qui doit se transmettre « de père en fils, sans qu'il soit permis de le changer » (article 21). Les actes de décès avaient aussi leur formalisme qui ne correspondait pas aux coutumes polynésiennes (aucune inhumation ne pouvait avoir lieu sans être précédée d'une déclaration de décès au juge du district chargé de l'autoriser).

15 - C. Raybaud, *ibid.*, p. 636.

16 - C. Raybaud, *ibid.*, p. 637.

17 - C. Raybaud, *ibid.*

18 - B. de Loynes de Fumichon, article préc., spec. p. 266

19 - G. Agniel et V. Guedj, « Actes de l'état civil », JCl. Civil Code, App. Art. 34 à 101, Fasc. unique, 2015, n° 29.

20 - *Ibid.*, nos 30 et 31.

21 - C. Raybaud, *op. cit.*, p. 639.

22 - *Ibid.*, p. 930 et s.

L'instauration de l'état civil a profondément bouleversé les habitudes des populations autochtones qui étaient désormais contraintes de déclarer aux autorités les moments importants de leur vie civile (naissance, mariage). Ces changements eurent des répercussions importantes en matière foncière. À partir du protectorat, la loi imposa l'enregistrement des terres afin de procéder à leur délimitation et de permettre l'identification de leur propriétaire<sup>23</sup>. Avant l'arrivée des Européens, les Polynésiens avaient une conception collective de la gestion des terres. La propriété, telle que nous l'entendons, n'existait pas (ou se comprenait comme étant collective et inaliénable (cf. *infra*). Sous l'influence des missionnaires, puis après l'établissement du protectorat français, la propriété individuelle apparue. Comme partout, « les plus érudits, les mieux informés s'adaptèrent rapidement à ces transformations et surent en tirer le meilleur profit »<sup>24</sup>. En revanche, une grande partie de la population, « celle des districts éloignés de Papeete et des îles les plus éloignées de Tahiti, resta dans l'ignorance et beaucoup de ces habitants furent ainsi déchés de leur patrimoine foncier pour ne pas avoir réagi avec diligence »<sup>25</sup>.

L'instauration d'un état civil est sans doute un instrument efficace d'identification de la personne dans une société moderne. Son implantation durera près d'un demi-siècle. Compte tenu du faible nombre d'administrateurs français aucun changement brutal, à grande échelle, ne se produisit. Cela permit à la population de s'adapter progressivement. Pourtant, les difficultés suscitées par son installation perdurent. En effet, les informations contenues dans les registres ne sont pas toujours fiables. Les officiers de l'état civil ont longtemps retranscrit des données erronées sur les registres (noms devenant prénoms, fautes d'orthographe, filiation ou déclaration de naissance inexactes). Aujourd'hui encore, il est difficile par la généalogie d'établir la liste des indivisaires nécessaire à la dévolution des biens. Comme évoqué précédemment, il arrive parfois que des individus soient connus sous différents noms au cours de leur existence. À cela, il convient d'ajouter les difficultés d'identifier les enfants d'une même fratrie. Le nomadisme de certains Polynésiens d'île en île et le peu de goût pour les formalités administratives ont pu faciliter des oublis (de reconnaissance), voire des fraudes (reconnaissance mensongère)<sup>26</sup>.

## B. L'identité de genre

La culture polynésienne admet une certaine perméabilité entre le masculin et le féminin. Les journaux de bord des premiers navigateurs occidentaux débarquant à Tahiti au XVIII<sup>e</sup> siècle relatent l'existence d'hommes s'habillant comme des femmes et ayant un comportement efféminé<sup>27</sup>. On peut certainement considérer que ce phénomène existait avant la découverte des îles polynésiennes. En ce sens, il « ne s'inscrit en rien dans le cadre d'une décadence générale telle qu'elle devint présentée par les colonisateurs chrétiens mais se présente au contraire comme une institution sociale ancienne et bien réglée »<sup>28</sup>. De nos jours, ce « troisième sexe polynésien » regroupe ce que l'on appelle les *māhū* et les *raerae*<sup>29</sup>. *m'ohi*

23 - B. de Loynes de Fumichon, article préc., spéc. p. 263 et s.

24 - C. Raybaud, *op. cit.*, p. 637-638.

25 - *Ibid.*

26 - Rapp. C. Raybaud, *op. cit.*, p. 665.

27 - Fr. Bauer, 2016, *Raerae de Tahiti. Rencontre du troisième type*, Haere P, Papeete, 2002, p. 144 et s.

28 - E. Stip, « Les *Raerae* et *Mahu* : troisième sexe polynésien », *Santé mentale au Québec*, vol. 40, n° 3, 2015, p. 193, spéc. p. 202.

29 - Fr. Bauer, *op. cit.* ; Ph. Lacombe, « Les identités sexuées et "le troisième sexe" à Tahiti », *Cahiers du Genre* 2008/2, n° 45, p. 177 et « *Mahu* et *rae rae* de Tahiti : de la singularité des contextes locaux à l'universalité des questions

Les *māhū* semblent avoir toujours été présents dans la culture polynésienne. Ce sont des hommes qui, dès leur plus jeune âge, ont adopté un comportement féminin. Cette posture est le plus souvent acceptée par leur famille et la société. Ainsi, il n'est pas rare que leur famille leur confie un enfant *fa'a'amu* (cf. *infra*). On les retrouve essentiellement employés dans les métiers de service, dans l'hôtellerie ou la restauration et dans l'administration. Mais, s'ils se distinguent par leur nature féminine, les *māhū* ne remettent pas en cause leur sexe masculin et ne désirent pas en changer. On pourrait les décrire comme « des hommes avec des rôles de genre féminin »<sup>30</sup> qui occupent « une position sociale, voire un travail qui en font des membres à part entière » de la société polynésienne<sup>31</sup>.

À la différence des *māhū*, les *raerae* sont généralement de véritables transsexuels<sup>32</sup>. Ils seraient apparus à la fin des années cinquante, au moment où la société polynésienne commençait à connaître d'importantes évolutions. Ils s'habillent et vivent comme des femmes et nombre d'entre eux prennent des traitements hormonaux et souhaiteraient bénéficier d'une réassignation sexuelle. Ils seraient nombreux à vivre ou à avoir vécu « à un moment de leur parcours de la prostitution et tous sont taxés d'immoralité »<sup>33</sup>. C'est pourquoi, ils sont le plus souvent victimes d'un rejet de la société que l'on peut expliquer par le poids de la religion<sup>34</sup>. Il semblerait toutefois que, de nos jours, « le grand public ne fait plus autant le distinguo entre *raerae* et *māhū*, confirmant un *continuum* »<sup>35</sup>. Il est vrai que « *māhū* et *raerae* se côtoient avec complicité »<sup>36</sup>. Certains individus louvoient et il peut arriver que des *māhū* deviennent *raerae*.

Le phénomène des *māhū* et des *raerae* est en contradiction avec la conception binaire du sexe dont le droit français porte la marque. Pourtant, au quotidien, ils « n'ont pas à lutter contre un déni de reconnaissance »<sup>37</sup>. Cela s'observe plus particulièrement pour les *māhū* que le renouveau des traditions polynésiennes tend à légitimer<sup>38</sup>. Peu importe qu'un droit venu d'ailleurs n'appréhende pas leur identité de genre si elle comprise par l'ensemble de la société. Sur un plan pratique, il n'est pas inintéressant d'observer, qu'à la différence de la métropole, les numéros d'affiliation à caisse de sécurité sociale locale (la CPS) ne renseignent pas sur le sexe dans la mesure où ils sont attribués « au fil de l'eau ». Et jusqu'à encore récemment, les polynésiens utilisaient l'ancien modèle de carte nationale d'identité ne portant pas de mention du sexe de la personne. Ainsi, les *māhū* ne sont pas confrontés à cette « difficulté d'exister » qui caractérise la situation des transsexuels<sup>39</sup> et des personnes intersexuées<sup>40</sup> en

sur le genre », *Hermès, La Revue*, 2013/1, n° 65, p. 89 ; M.-N. Capogna, « La légalisation du couple de même sexe. Réflexions sur les raisons d'une résistance en Polynésie française », *Dr et culture*, 2014, n° 68, p. 187, spéc. n° 35 et s. ; E. Stip, *op. cit.*

30 - E. Stip, *op. cit.*, p. 201.

31 - Ph. Lacombe, « Les identités sexuées et "le troisième sexe" à Tahiti », *op. cit.*, spéc. p. 189.

32 - À propos des *raerae*, Philippe Lacombe écrit : « convaincus d'être des femmes, ils sont parfois dans un *continuum* peu simple à rendre cohérent, des transsexuels, des homosexuels, des travestis, des *drag queens* » (*op. cit.*, spéc. p. 186).

33 - *Ibid.*

34 - Ph. Lacombe, *op. cit.*, p. 187.

35 - E. Stip, article préc., p. 200.

36 - Fr. Bauer, *op. cit.*, p. 150.

37 - M.-N. Capogna, article préc., spéc. n° 40.

38 - Ph. Lacombe, *op. cit.*, spéc. p. 193.

39 - M. Gobert, « Le transsexualisme ou la difficulté d'exister », *JCP G*, 1990, I, n° 3471.

40 - M. Gobert, « Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister », *JCP G*, 2017, n° 716

France métropolitaine. La situation des *raerae* est différente lorsqu'ils envisagent une véritable réassignation sexuelle. Soumis aux vicissitudes du droit français en matière de changement de sexe, leur situation s'est nettement améliorée avec la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle qui a considérablement assoupli les conditions de la modification de sexe dans les actes de l'état civil<sup>41</sup>. Depuis cette loi, qui est applicable de plein droit sur ce point en Polynésie française<sup>42</sup>, le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut en lui-même constituer un motif de refus à cette modification. Il est alors possible de soutenir que le droit français n'est plus un obstacle à la reconnaissance de leur identité de genre.

## II. L'IDENTITÉ DANS SA DIMENSION COLLECTIVE

Il n'existe pas en Polynésie française d'institutions coutumières analogues au sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie. Depuis la suppression des juridictions indigènes (*to'ohitu*) en 1945, le droit coutumier est officiellement exclu du droit applicable en Polynésie française. Mais certaines pratiques inspirées de la coutume subsistent. Il persiste une forme de « résistance des coutumes polynésiennes »<sup>43</sup> qui est l'expression d'une résistance identitaire (A). Pour autant, l'évolution du statut de la Polynésie française a conduit à mettre en place un cadre plus respectueux de l'identité même si cette prise en compte identitaire (B) est imparfaite.

### A. Les résistances identitaires

Si l'occidentalisation de la Polynésie, dont la christianisation est l'une des expressions, a profondément transformé la société polynésienne, certaines pratiques sociales héritées de l'époque pré-européenne se maintiennent de nos jours. Cela peut s'observer notamment en ce qui concerne le lien à la terre (1) et les liens familiaux (2).

#### 1. Le lien à la terre

Le lien à la terre est un marqueur identitaire particulièrement important dans la culture polynésienne. Dans la société ancienne comme pour la période contemporaine, « un Polynésien (*Ma'ohi*) sans terre est un Polynésien sans identité »<sup>44</sup>. C'est pourquoi, la propriété foncière est

41 - Sur laquelle, voir not. A. Marais, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *JCP G*, 2016, n° 1164 ; Ph. Reigné, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, 2016, n° 1378 ; Fr. Vialla, « Loi de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *Dalloz*, 2016, p. 2351 ; S. Paricard, « Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures », *AJ fam.*, 2016, p. 585 ; L. Carayon in « Panorama Droit et genre, janvier 2016-décembre 2016 », *Dalloz*, 2017, p. 935.

42 - Précisons que l'article 61-6, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qui dispose que la demande doit être présentée devant le tribunal de grande instance ne peut être appliqué en Polynésie française. Tout d'abord, parce qu'il n'y a pas dans cette collectivité de tribunal de grande instance mais un tribunal de première instance. Surtout, parce que la procédure civile est une matière qui relève de la compétence de la Polynésie française. Le code de procédure civile de la Polynésie française prévoit d'ailleurs la compétence du tribunal de première instance pour connaître des « jugements relatifs à l'état civil » (article 451).

43 - B. de Loynes de Fumichon, article préc., 267 et s.

44 - T. Bambridge, 1999, « L'identité fondée sur le lien à la terre en Polynésie », in J.-Y. Faberon et Y. Gautier (dir.), *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Centre des Hautes Études sur l'Afrique et l'Asie Moderne et La Documentation française, p. 73.

une question centrale au sein de la société. À cet égard, il convient de rappeler que la notion de propriété telle que peut la concevoir un juriste de culture européenne est étrangère à la culture *mā'ohi*. La terre est possédée collectivement et indivisiblement entre les membres d'une même famille. Les deux sont tellement indissociables que « l'idée que vendre la terre ou même la partager revient à vendre sa famille ou à la diviser, ce qui est à l'opposé des valeurs *mā'ohi* »<sup>45</sup>. La terre est inaliénable en ce sens que ni la vente ni l'usucapion n'existent.

À l'évidence, la culture *mā'ohi* est en opposition avec la façon dont le Code civil français envisage la propriété. Pour autant, l'application du Code civil depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle n'a pas entraîné de rupture avec les pratiques antérieures qui ont été incorporées « là où elles n'étaient pas trop différentes des règles des codes étatiques », participant ainsi à la constitution d'un pluralisme culturel et juridique<sup>46</sup>. Deux conséquences en découlent : d'une part, « les normes incorporées sont transformées par l'application du Code civil », d'autre part, « l'application du Code civil s'avère incapable d'incorporer des normes foncières traditionnelles qui sont aujourd'hui toujours en vigueur et qui résistent à l'application du droit étatique »<sup>47</sup>.

C'est ainsi que la propriété collective, qui est exceptionnelle dans le Code civil, demeure encore aujourd'hui le mode de propriété le plus répandu en Polynésie française. La plus grande partie des terres sont soumises à l'indivision familiale<sup>48</sup>, laquelle n'est pas considérée comme un état transitoire. Le terme indivision n'a pas de connotation péjorative en tahitien et traduit assez mal ce que signifie les termes *fenua 'amui* (« les terres que l'on a ensemble »)<sup>49</sup>. Bien ancrée dans les mentalités, l'indivision n'est guère découragée par la fiscalité, qui est une compétence du Pays. En effet, l'impôt foncier sur les propriétés non bâties n'existe pas en Polynésie française. Dès lors, être propriétaire d'une forêt, d'une île, de plusieurs hectares n'induit aucune charge. Loin de décourager l'indivision, la fiscalité « en rend la poursuite indolore »<sup>50</sup>.

Certes, en Polynésie comme en France métropolitaine, « nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision ». Mais de nombreux obstacles se dressent et rendent la sortie de l'indivision d'une très grande complexité. Sur le plan procédural, le nombre important d'indivisaires lié à la durée des indivisions accroît les difficultés. Il n'est pas rare qu'il soit difficile d'établir une généalogie complète (cf. *supra*) et, partant, de convoquer en justice toutes les parties qui peuvent être plusieurs dizaines, voire à plusieurs centaines. À cela s'ajoute l'absence de cadastre complet, ce qui complexifie les opérations de fixation de la valeur des terres et de

45 - B. Saura, 1995, « Les règles coutumières en Polynésie française », in P. de Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, p. 95.

46 - T. Bambridge et Ph. Neuffer, « Pluralisme culturel et juridique en Polynésie française : la question foncière », *Hermès, La Revue*, 2002/1, n° 32-33, p. 307, spéc. p. 311.

47 - *Ibid.*

48 - Selon B. de Loynes de Fumichon, article préc., spéc. p. 273, la situation juridique des terres peut être résumée ainsi : « [...] sur les côtes habitées existe quasi exclusivement la propriété individuelle régie par le Code civil. Sur les hauteurs, dans les îles hautes, et loin des villages, sur les atolls, domine la propriété familiale indivise sur plusieurs générations. Au fur et à mesure que l'urbanisation progresse, ce qu'elle fait lentement, les familles se partagent la terre indivise, tant pour des raisons pratiques que financières. Pratiques : il faut fournir des terrains d'habitation pour aider les jeunes couples à s'établir. Financières : l'urbanisation fait monter la valeur des terres. »

49 - T. Bambridge, « L'identité fondée sur le lien à la terre en Polynésie », préc., spéc. p.83.

50 - B. de Loynes de Fumichon, article préc., spéc. p. 274

formation des lots. La situation juridique des terres « est souvent confuse, complexe, voire incertaine dans des indivisions remontant à plusieurs générations »<sup>51</sup>.

Au final, le tribunal de première instance de Papeete (et ses sections détachées) est engorgé par les situations d'indivision. La création d'un tribunal foncier par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, sorte de renaissance des *to'ohitu*, ne sera probablement pas suffisante pour résorber le stock des affaires en cours. La procédure applicable (qui relève de la compétence du Pays) et le fond du droit (qui relève de la compétence de l'État pour ce qui concerne le droit des successions) devront être adaptés afin de répondre aux particularités de la propriété collective polynésienne<sup>52</sup>. *De lege feranda*, seule une inflexion du droit applicable en Polynésie française dans le sens de la coutume permettra de vaincre la résistance opiniâtre des mentalités, laquelle est une forme de manifestation de l'identité polynésienne.

## 2. Les liens familiaux

L'analyse des liens familiaux trouve naturellement sa place aux côtés des liens à la terre. Ces deux questions sont directement liées à l'identité dans la mesure où, « traditionnellement, la terre est un élément indissociable et même constitutif de la parenté »<sup>53</sup>. On est parent parce que l'on réside ensemble sur une même terre, « que l'on soit effectivement parents par le sang, issus d'un même *ōpu fetii* (groupe parental large) et membres d'un même *ōpu ho'e* (composé de frères et de sœurs et de leurs descendants, sur deux générations), ou bien parents par adoption »<sup>54</sup>. C'est pourquoi, « une sœur biologique vivant dans une autre île est considérée comme un parent plus éloigné qu'une sœur adoptée avec laquelle on cohabite »<sup>55</sup>. On mesure à quel point le modèle familial véhiculé par le Code civil – du moins dans sa version initiale – était éloigné de la culture polynésienne, même si l'évolution du droit français vers l'égalité des filiations (même si subsistent certaines différences) le rapproche de la coutume polynésienne<sup>56</sup>.

Il en va de même à propos du couple. Le concubinage a toujours été plus répandu en Polynésie française qu'en France métropolitaine et, corrélativement, le taux de naissance hors mariage y est beaucoup plus élevé (75 %). Ce constat traduit une conception différente de l'union matrimoniale qui peut être illustrée par « l'idée que le mariage est plus une récompense qu'une promesse »<sup>57</sup>. Paradoxalement, cette situation pourrait expliquer les raisons d'une résistance de la société polynésienne à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. L'importance du religieux dans la société et son incidence dans la sphère politique<sup>58</sup> permettent d'expliquer cette réprobation. L'homosexualité est pourtant bien mieux tolérée en Polynésie française qu'elle ne l'était en France métropolitaine il y a de cela encore

51 - *Ibid.*, 276.

52 - C. Chodzko et C. Vannier, « Droit des successions et des libéralités en Polynésie française », *JCP N*, 2015, act. 319.

53 - B. Saura, « Les règles coutumières en Polynésie française », article préc.

54 - *Ibid.*

55 - M.-N. Capogna, 2002, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports », in J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, p. 911, spéc. p. 924.

56 - B. de Loynes de Fumichon, article préc., 277.

57 - *Ibid.*, spéc. p. 248.

58 - Voir not. B. Rigo, « Exigences démocratiques et persistance des logiques océaniques », *Revue Juridique Polynésienne*, hors-série, vol. X, 2010, p. 31, spéc. p. 44.

quelques années<sup>59</sup>. C'est pourquoi, les critiques formulées contre le mariage homosexuel peuvent davantage se justifier par l'idée que « la différence faite par la loi entre un couple marié ou non ne semble pas vécue comme une discrimination injuste »<sup>60</sup> dans une société où le concubinage est si répandu.

Il reste une institution dont la persistance traduit une certaine résistance coutumière en matière de filiation, analogue à ce qui peut se constater dans l'outre-mer français à propos de certaines institutions endogènes<sup>61</sup>. Il s'agit du *fa'a'amu* polynésien qui signifie « faire manger ». Cette pratique consiste à confier un enfant à un tiers qui l'éduquera comme le sien. Ce don d'enfant<sup>62</sup> intervenait généralement au sein de la famille élargie. La coutume *fa'a'amu* était fréquente en faveur des grands-parents qui se voyaient confier les premiers petits-enfants. Elle répondait aussi à d'autres préoccupations comme permettre à deux familles de renforcer leur alliance. Sur un plan pratique, elle favorisait également une certaine forme de solidarité intrafamiliale lorsque les parents ne voulaient ou ne pouvaient assumer l'éducation de leur enfant. Cette institution persiste de nos jours en raison, le plus souvent, de la jeunesse de la mère et des difficultés financières du couple. Il n'est pas rare qu'il soit prévu durant la grossesse que l'enfant à venir sera confié à telle ou telle personne.

La coutume *fa'a'amu* incarne une approche différente de la parenté par rapport à la filiation élective du droit français qui est principalement construite sous l'apparence d'une filiation par le sang. Elle n'est pas fondée sur l'anonymat entourant les circonstances de la naissance de l'enfant, ni sur l'idée de culpabilité de ses parents biologiques. L'enfant conserve des liens avec la famille de naissance et peut circuler entre sa famille « adoptive » et « biologique ». L'institution apparaît transgressive de la façon dont le Code civil envisage l'adoption. Dans bon nombre de situations, elle n'est pas formalisée juridiquement. Il est vrai que l'organisation juridictionnelle de la Polynésie française – comprenant un tribunal de première instance à Papeete et deux sections détachées à Raiatea (îles sous-le-vent) et à Nuku Hiva (aux Marquises) – ne facilite pas l'accès au juge. Et lorsqu'elle est appréhendée par le droit, sa réception implique l'infléchissement de certains concepts du droit français dans le sens de la coutume.

À cet égard, plusieurs notions juridiques ont été mobilisées. La possession d'état<sup>63</sup> a pu être utilisée afin de conférer au parent nourricier certains droits, comme celui de se constituer partie civile pour l'enfant *fa'a'amu*<sup>64</sup>. Mais c'est principalement la délégation volontaire d'autorité parentale (article 377, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) qui sera demandée au juge des affaires familiales, les familles nourricières pouvant être incitées à entreprendre cette démarche afin de percevoir certaines aides sociales ou de faciliter la scolarisation de l'enfant. Plus rarement,

59 - B. Saura, 1998, *Des Tahitiens, des français, leurs représentations réciproques aujourd'hui*, Ch. Gleizal éditeur, p.63-64.

60 - M.-N. Capogna, « La légalisation du couple de même sexe. Réflexions sur les raisons d'une résistance en Polynésie française », article préc., spéc. n° 33.

61 - R. Lafargue, 2012, « Le Droit au mépris de l'État : l'exemple du pluralisme familial comme art de se jouer de la norme étatique », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbone. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Ouest, p. 341, spéc. n° 6.

62 - Sur cette question, voir not. J. Pousson-Petit (dir.), 1997, *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Presses Universitaires des Sciences sociales de Toulouse, coll. de l'Institut de droit comparé et G. Othis (dir.), 2013, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Presses Université Laval (Canada).

63 - M.-N. Charles, « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant "fa'a'amu" en Polynésie française », *Dr. et société*, 1995, n° 30-31, p. 445.

64 - Cf. TPI Papeete, n° 1508-1347 du 5 septembre 1972, cité par R. Lafargue, *op. cit.*, n° 6, note 10.



une adoption, simple ou plénière, pourra être prononcée. Elle est cependant moins pratiquée, sans doute parce la remise de l'enfant aux services sociaux ne permet plus au(x) parent(s) biologique(s) de choisir les adoptants depuis la loi *Mattéi* du 5 juillet 1996 (ce choix étant exercé par le conseil de famille de la tutelle)<sup>65</sup>.

Au fil du temps, la coutume *fa'a'amu* s'est développée dans un cadre extra-familial, notamment au bénéfice de *papa'a*, métropolitains pour la plupart<sup>66</sup>. Elle est apparue comme une sorte de succédané à l'adoption internationale, même si elle intervient dans un cadre interne. En pratique, après être entrés en relation avec une femme seule ou un couple désirant confier son enfant né ou à naître, les « adoptants » présentent devant le tribunal de première instance de Papeete (ou ses sections détachées de Raiatea ou Nuku Hiva) une requête sollicitant une délégation d'autorité parentale. Celle-ci constitue la première étape du processus d'adoption et permet, lorsqu'elle est accordée, au(x) délégataire(x) de pouvoir rentrer en métropole avec l'enfant. Par suite, à l'issue du délai de deux ans, les père et mère pourront consentir à l'adoption (article 348-5 du Code civil). Ce procédé n'est pas sans risque sur un plan juridique dans la mesure où la délégation ne fait pas obstacle aux demandes de restitution de l'enfant, ni à une reconnaissance ultérieure de paternité si la mère était le seul parent de l'enfant lorsque la délégation a été accordée. À cela s'ajoute le risque que les parents de l'enfant n'expriment pas leurs consentements après le délai de deux ans. En pareille hypothèse, il est toujours possible de demander une déclaration judiciaire de « délaissement parental »<sup>67</sup> ou d'invoquer le caractère abusif du refus opposé par les parents (article 348-6 du Code civil). On dénombre toutefois très peu de refus de consentement à l'adoption<sup>68</sup>.

Il reste que dans la plupart des cas, le processus aboutit à une adoption plénière ce qui est contraire à l'esprit de la coutume *fa'a'amu* qui n'a pas pour objet de rompre les liens entre les parents biologiques de l'enfant et ceux à qui il a été confié. D'où, parfois, certains malentendus d'ordre culturel. De ce point de vue, l'adoption simple est certainement plus respectueuse de l'institution<sup>69</sup> et ce même si l'éloignement géographique rend difficile le maintien des

65 - M.-N. Charles et S.-Fr. Ribot-Astier, « Le placement en vue de l'adoption des enfants de Polynésie française est-il conforme au droit français ? », *JCP G*, 1997, I, n° 4073, spéc. n° 17.

66 - Voir J.-V. de Monléon, 2004, « L'adoption en Polynésie française et les métropolitains : de la stupéfaction à la participation », in I. Leblac (dir.), *De l'adoption. Des pratiques de filiation différentes*, Presses universitaires Blaise Pascal, p. 49.

67 - Cette procédure, prévue à l'article 381-1 du Code civil, remplace la procédure de déclaration judiciaire d'abandon prévue à l'article 350 du Code civil qui a été abrogé par la loi n° 2016-297 du 16 mars 2016.

68 - L'affaire *Buratti*, qui a défrayé en son temps la chronique, est l'un des rares cas de refus d'adoption survenu dans un contexte très particulier. En l'espèce, une jeune polynésienne, déjà mère de trois enfants, avait donné naissance à un petit garçon pour lequel elle avait consenti une délégation d'autorité parentale à un couple métropolitain en vue d'une adoption ultérieure. Ayant été avisé quelques mois plus tard de cette naissance, le père prétendu, un enseignant métropolitain, s'empressa de reconnaître l'enfant (des expertises ultérieures confirmant qu'il était bien le père biologique de l'enfant). À l'issue d'une procédure judiciaire mouvementée, l'enfant, qui ne pouvait plus être adopté, fut remis au père (voir les différentes décisions rendues dans cette affaire : CA Chambéry, 19 mars 1996, *JCP G*, 1996, IV, 2574 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 octobre 1996, n° 96-13.346, *Bull. civ. I*, n° 367 ; *Dalloz* 1997, somm. p. 160, obs. Fr. Granet (qui prononce la cassation au motif que les débats n'avaient pas eu lieu en présence du ministère public) et après renvoi, CA Grenoble, 13 mai 1997, cassé par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 février 1999, n° 97-15.098 et 97-20.514, *Bull. civ. I*, n° 66 ; *JCP G*, 2001, I, n° 283, § 6, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 1999, comm. 146, note A. Gouttenoire-Cornut ; *RDT civ.* 1999, p. 601 ; obs. J. Hauser (qui casse l'arrêt d'appel pour avoir rejeté la demande des délégataires en désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé de représenter les intérêts de l'enfant)). Sur cette affaire, voire égal. S. Marinopoulos, C. Sellenet et Fr. Vallée, Moïse, 2003, *Œudipe, Superman... de l'abandon à l'adoption*, Fayard, et J.-V. de Monléon, *Naitre là-bas, grandir ici*, éd. Belin, 2003.

69 - P. Gourdon, « Quelques réflexions sur l'amélioration du processus d'adoption des enfants polynésiens », *Dr. fam.*, 2004, étude 14, spéc. n° 7.

liens avec la famille d'origine. L'adoption d'enfants polynésiens par des « étrangers » soulève beaucoup d'idées reçues et l'incompréhension d'une partie de la doctrine<sup>70</sup>. Sans doute faudrait-il mieux encadrer cette pratique afin d'éviter des abus, qui peuvent se rencontrer tant du côté des adoptants que du côté des parents. Mais, sauf à dénaturer l'institution, le choix des personnes à qui l'enfant est confié, que celles-ci résident en Polynésie ou en métropole, devrait rester aux parents car, dans leur esprit, il ne s'agit pas d'un « abandon », mais d'une façon d'assurer un meilleur avenir pour leur enfant.

## B. La prise en compte de l'identité par le droit

Envisager un « droit à » l'identité implique l'identification d'un créancier et d'un débiteur. Dans cette perspective, le créancier serait le peuple autochtone et le débiteur l'État ou le Pays – selon le domaine de compétence considéré – qui serait chargé de préserver l'identité polynésienne. De prime abord, on pourrait penser qu'un droit à l'identité supposerait la reconnaissance d'un statut personnel, lequel permet d'assurer « le respect d'une identité sociale et juridique, d'un droit endogène/coutumier contre un droit exogène/étatique »<sup>71</sup>. Mais, en même temps, comme le relève pertinemment Régis Lafargue, ce n'est qu'un pis-aller, plus précisément « un appareillage technique pour faire coexister deux sociétés sans créer de véritable domaine commun juridique qui serait le résultat d'une acculturation réussie, c'est-à-dire à double sens »<sup>72</sup>. Au demeurant, il peut sembler difficile de faire renaître un statut personnel qui n'existe plus juridiquement en Polynésie française depuis 1945. Il n'est pas sûr, du reste, que la majorité des Polynésiens aspirent au retour du droit coutumier et des institutions coutumières. On l'a dit, le mode de vie de la majorité de la population a profondément changé depuis une cinquantaine d'années. Si la culture autochtone n'a pas pour autant disparue, elle n'est pas restée à l'écart de cette évolution. Comme d'aucuns ont pu le constater, les polynésiens « ne revendiquent pas un retour aux structures anciennes »<sup>73</sup>. C'est donc dans le cadre des structures actuelles que doit être préservée l'identité autochtone.

La Loi du 6 septembre 1984 (première loi instaurant un statut d'autonomie en Polynésie française) marque le point de départ d'une certaine forme de reconnaissance de l'identité polynésienne. La Polynésie française dispose depuis lors d'un drapeau, d'un hymne, d'un sceau... Cette loi comporte également un titre relatif à l'« identité culturelle » dans lequel figure une disposition consacrée à la langue tahitienne<sup>74</sup>. Les lois statutaires suivantes

70 - Cl. Neirinck, « Autorité parentale », *JCl. Civil Code*, Art. 371 à 387, Fasc. 30, spéc. nos 145 et s.

71 - R. Lafargue, « Le Droit au mépris de l'État : l'exemple du pluralisme familial comme art de se jouer de la norme étatique », préc., spéc. n° 49.

72 - *Ibid.* (souligné par l'auteur).

73 - A. Moyrand, 2016, « Droit coutumier et droit moderne dans les collectivités de Polynésie française et de Wallis-et-Futuna », in A. de Raulin, J-P. Pastorel, Trinh Quô Toãn et Nguyễn Hoàng Anh (dir.), *Influence du droit français au Viêt Nam, nhà xuất bản đại học quốc gia hà nội*, p. 279, spéc. p. 292-293. Selon A. Moyrand, on peut même dire que les polynésiens s'opposent à une réintroduction des institutions coutumières et du droit coutumier car « le retour vers le "traditionnel" constituerait un encouragement pour le mouvement royaliste mené par Joinville Pomare (un descendant de la famille royale) alors que les forces politiques "modernes", tous bords confondus (autonomistes comme indépendantistes), ne souhaitent pas voir ce mouvement monarchiste disposer d'une représentation politique dans le système institutionnel de la Polynésie » (*op. cit.*, spéc. p. 293).

74 - Article 90 du titre II de la loi n°84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française, *JORF* du 7 septembre 1984, p. 2831

maintiendront une subdivision consacrée à l'identité culturelle<sup>75</sup> qui, d'une part, aborde le statut des langues polynésiennes et, d'autre part, instaure un collège d'experts composé de personnalités ayant acquis une compétence particulière en matière foncière et dont le rôle est purement consultatif.

La question linguistique est essentielle au respect et à la préservation de l'identité<sup>76</sup>. En Polynésie française, la langue coloniale s'est heurtée à de fortes résistances fondées sur une conscience identitaire. Malgré l'annexion et la mise en place de l'école française, les langues polynésiennes ont continué à vivre. Il faudra toutefois attendre 1982 pour que l'enseignement du tahitien ou d'une autre langue polynésienne soit inscrit dans l'enseignement primaire à raison de 2 heures 30 par semaine. Au fil des différentes lois statutaires, la Polynésie française est devenue compétente en matière d'enseignement primaire et secondaire. Le conseil des ministres de cette collectivité fixe les règles applicables aux matières d'enseignement des langues locales dans tous les établissements d'enseignement relevant de sa compétence (article 90, 2° et 3°), tandis que sur décision de l'assemblée de la Polynésie française, la langue tahitienne peut être remplacée dans certaines écoles ou établissements par l'une des autres langues polynésiennes (article 57, alinéa 5).

Mais si l'enseignement des langues polynésiennes à l'école bénéficie d'un large consensus politique et social, cet enseignement ne peut être, à l'instar de l'enseignement des langues régionales, obligatoire pour les élèves<sup>77</sup>. Il ne peut pas l'être également pour les enseignants<sup>78</sup>. Il s'agit, en l'occurrence, d'instaurer une égalité de traitement entre les enseignants (et ceux qui souhaitent le devenir), qui parlent et qui ne parlent pas les langues polynésiennes. En pratique, toutefois, la principale difficulté n'est pas d'ordre juridique. Malgré une politique volontariste et d'importants moyens humains et matériels, la mise en œuvre de l'enseignement des langues tahitiennes se heurte aux idées reçues de beaucoup d'enseignants et de parents qui craignent que le temps consacré à un enseignement en langue polynésienne entrave l'acquisition du français. Et, de fait, « seule une minorité d'enseignants titulaires assure cet enseignement de manière effective »<sup>79</sup>. Il reste que le fait de ne pas pouvoir rendre obligatoire l'apprentissage des langues polynésiennes « crée une tension forte dans les rapports politiques qui se nouent entre l'État et la Polynésie »<sup>80</sup>.

75 - Articles 115 et 116 (titre VII) de loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF* n° 88 du 13 avril 1996, p. 5695 et articles 57 et 58 (section 7 du chapitre 1<sup>er</sup> du titre I) de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF* n°52 du 2 mars 2004, p. 4183.

76 - M. Debène, 2010, « Les langues de Polynésie française et la Constitution : liberté, égalité, identité », *New Zealand Association for Comparative Law, Yearbook* 16, p. 135. Pour un état des lieux, voir le numéro de *Langues et cité* (septembre 2017, n° 28) consacré aux langues de Polynésie française.

77 - Cons. Const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, considérant n° 93, *AJDA*, 1996, p. 371, note O. Schrameck ; *RFDA*, 1997, p. 1, étude F. Moderne. Adde Y. Faberon, « Indivisibilité de la République et diversité linguistique du peuple français : la place des langues polynésiennes dans le nouveau statut de la Polynésie française », *RFDC*, 1997, p. 607 ; C. Olivesi, « Indivisibilité de la République versus langues régionales », *Pouvoirs*, 2000, n° 93, p. 209 et M. Debène, article préc., spéc. p. 155 et s.

78 - Cons. Const., 12 février 2004, n° 2004-490 DC, considérant 70. Adde M. Debène, *op. cit.*, spéc. p. 157.

79 - Cf. M. Salaün, I. Nocus, J. Vernaudo et M. Paia, « Les langues polynésiennes et l'école », *Langues et cité*, septembre 2017, n° 28, p. 3.

80 - A. Moyrand, « Qui fabrique le droit en Polynésie française ? », article préc., spéc. p. 206.

Le statut des langues polynésiennes est également objet de tension. Certes, la Loi organique de 2004 précise que « la langue tahitienne est un élément fondamental de l'identité culturelle : ciment de cohésion sociale, moyen de communication quotidien, elle est reconnue et doit être préservée, de même que les autres langues polynésiennes, aux côtés de la langue de la République, afin de garantir la diversité culturelle qui fait la richesse de la Polynésie française » (article 57, alinéa 2). Mais c'est après avoir rappelé que la langue officielle est le français (article 57, alinéa 1<sup>er</sup>). Il n'y a donc pas de « co-officialité » entre le français et les langues autochtones dont le statut est semblable à celui des langues régionales. Sur ce point, la loi organique ne fait que réaffirmer l'article 2 de la Constitution selon lequel « la langue de la République est le français ». En conséquence, l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics. Dès lors, toute disposition qui imposerait la maîtrise d'une langue polynésienne, que ce soit à propos d'un concours de la fonction publique ou de l'accès à une profession, est en principe illégale<sup>81</sup>.

La coexistence entre le français et les langues polynésiennes est parfois délicate au sein de l'assemblée de la Polynésie française<sup>82</sup>. En principe, les débats qui précèdent les actes adoptés par cette assemblée doivent se dérouler en langue française. Pourtant, il n'est pas rare que certains élus s'expriment en langue tahitienne (ou dans une autre langue polynésienne) qu'ils maîtrisent mieux que le français. En pareille hypothèse, le Conseil d'État a annulé des lois du pays ayant été votées à l'issue de débats s'étant tenus exclusivement en tahitien<sup>83</sup>. Un arrêt rendu le 13 juin 2013 a même déclaré illégales les lois du pays qui lui étaient soumises au seul motif que le premier vice-président de l'assemblée et plusieurs autres orateurs s'étaient exprimés en tahitien lors des débats et ce sans préciser que cet usage avait été exclusif<sup>84</sup>, ce qui était pour le moins excessif. Fort heureusement, un arrêt rendu quelques mois plus tard a jugé que l'utilisation ponctuelle d'une langue autre que le français n'affecte pas la légalité de l'adoption d'une loi de pays de la Polynésie française<sup>85</sup>.

Au-delà de la défense des langues polynésiennes, le cadre institutionnel actuel devrait permettre la préservation de l'identité autochtone. Les Polynésiens ne sont-ils pas « redevenus » acteurs de leurs propres sources juridiques<sup>86</sup>, même si certaines matières « régaliennes » échappent à leur emprise ? Rappelons que si l'ordre juridique polynésien est toujours marqué par le principe de spécialité législative, celui-ci a été profondément modifié par les différentes évolutions statutaires qui ont accordé un vaste pouvoir normatif à cette collectivité

81 - Voir par exemple CE, 30 juin 2016, n° 395425, qui annulé un article de la Loi du pays adoptée le 26 novembre 2015 par l'assemblée portant réglementation de l'activité de la généalogie en Polynésie française en ce qu'il imposait une « parfaite maîtrise d'une des langues polynésiennes ». On peut toutefois observer, comme le relève Marc Debène, une certaine tolérance *contra legem*, lorsque « les différentes autorités et leurs partenaires fermant les yeux sur des solutions non conformes à la Constitution ». Ainsi, « les autorités de l'État semblent avoir souscrit à la démarche en prévoyant une épreuve de langues polynésiennes obligatoire au concours de recrutement des professeurs des écoles, fonctionnaires de l'État du corps spécifique à la Polynésie française » (article préc., p. 159).

82 - Sur cette question, voir not. A. Moyrand et T. Angelo, 2010, « Can the Polynesian languages be used in the Proceedings of the Assembly of French Polynesia ? », *New Zealand Association for Comparative Law, Yearbook* 16, p. 127 et M. Debène, *op. cit.*, p. 150-151.

83 - CE, 22 février 2007, n° 299649, *AJDA*, 2008, p. 1047, note J. Kissangoula.

84 - CE, 13 juin 2013, n° 261767, *AJDA*, 2013, p. 1251, obs. M.-Ch. de Montecler et 2014, p. 2029, note J.-P. Pastorel.

85 - CE, 16 octobre 2013, n° 365141, *AJDA*, 2014 p. 194.

86 - A. Moyrand, « Qui fabrique le droit en Polynésie française ? », *préc.*, spéc. p. 196.

d'outre-mer. Depuis la loi statutaire du 12 juillet 1977, la compétence de droit commun appartient à la Polynésie tandis que les attributions de l'État sont limitativement énumérées. On pourrait penser que cette large autonomie conduirait le législateur polynésien à adopter des règles adaptées aux réalités locales. Or, le résultat est plutôt décevant. Par facilité, un mauvais copier-coller des normes métropolitaines dont on a expurgé les contraintes tient souvent lieu de source d'inspiration du droit local<sup>87</sup>. En outre, selon le domaine de compétence en cause, l'adoption de règles là où subsistent certaines pratiques inspirées de la coutume suppose une initiative de la Polynésie, de l'État, ou une action de concert de ces deux acteurs.

En droit des personnes et de la famille, seul l'État peut agir dès lors qu'il est de plein droit compétent en matière d'état des personnes (article 14, 1° de la Loi organique du 27 février 2004). Il ne peut en être autrement sauf à modifier la constitution (article 73, alinéa 4). Une telle situation est moins gênante aujourd'hui qu'hier en raison de l'évolution du droit français qui se rapproche de certaines coutumes polynésiennes (par exemple, en reconnaissant l'égalité des filiations). Ajoutons que la Polynésie française peut participer à l'exercice des compétences de l'État, sous le contrôle de celui-ci, en matière d'état des personnes (article 31, 1° de la loi organique du 27 février 2004). En l'occurrence, il serait souhaitable qu'une initiative du Pays intervienne en matière de coutume *fa'a'amu* afin que puissent être mieux prises en compte les particularités de la société polynésienne<sup>88</sup>.

Pour les mêmes raisons, une initiative du Pays serait la bienvenue en matière de PACS. Rappelons que la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le pacte civil de solidarité n'a jamais été rendue applicable en Polynésie française. Pourtant, la loi du 23 juin 2006, qui modifie certaines des règles relatives au PACS, y a été déclarée applicable. Il s'en est suivi que les personnes nées en Polynésie française pouvaient conclure un PACS en métropole ou dans une collectivité régie par le principe d'identité législative... Au-delà des raisons techniques qui peuvent expliquer la non-extension de la loi du 15 novembre 1999<sup>89</sup>, il est plus probable que cette loi aurait suscité

87 - Cf. S. Al Wardi, 2008, *Tahiti Nui où les dérives de l'autonomie*, L'Harmattan. Voir égal. S. Al Wardi et J.-M. Regnault, 2011, *Tahiti en crise durable*, Les Éditions de Tahiti. Une telle situation n'étonne guère lorsque l'on se rappelle l'usage du principe de spécialité législative avant l'autonomie de la Polynésie française. Il ne s'agissait pas tant de protéger certaines coutumes locales contre un droit venu d'ailleurs que de permettre aux élites locales d'échapper aux contraintes du droit métropolitain dont l'application était perçue comme pouvant menacer leur situation (voir J.-M. Regnault, 1999, « Citoyen et/ou sujet des colonies puis des territoires d'outre-mer : généralités et exemple des possessions françaises de l'Océanie », in J. -Y. Faberon et Y. Gautier (dir.), *Identité, nationalité, citoyenneté outre-mer*, Centre des Hautes Études sur l'Afrique et l'Asie Moderne et La Documentation française, p. 153, spéc. p. 155). Le retard pris par la Polynésie en matière de droit du travail en est l'illustration. Un Code du travail, assez différent de celui qui était applicable en métropole sera promulgué en 1953. Mais « il a encore fallu de longues discussions pour que soient promulguées les lois sociales. La semaine de quarante heures est appliquée en août 1954 et les congés payés sont adoptés peu après. Ce n'est qu'en 1956 que le régime des prestations familiales au profit des travailleurs salariés se met en place » (*op. cit.*, spéc. p. 160. Sur l'évolution du droit du travail, voir C. Vidal, « La spécificité de la relation de travail subordonné en Polynésie française », thèse de l'Université de la Polynésie, 2017, dir. A. Chinez et Ph. Guez.

88 - En ce sens, voir P. Gourdon, « Quelques réflexions sur l'amélioration du processus d'adoption des enfants polynésiens », article préc., spéc. n° 33.

89 - Lors des débats ayant précédé le vote de la loi du 15 novembre 1999, un amendement du Gouvernement qui prévoyait l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi (créant les articles 515-1 à 515-7 du code civil) aux territoires d'outre-mer et à la collectivité territoriale de Mayotte avait été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale. Mais il fut ensuite supprimé car l'extension envisagée appelait la consultation des assemblées territoriales conformément à l'article 74 de la Constitution. Ces consultations n'ayant pas été réalisées, il s'en suivait un risque de censure par le Conseil constitutionnel. Par la suite, le PACS a été étendu en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna (article 70 de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer).

des réticences localement dans la mesure où elle accordait un statut à tous les couples, en ce compris les couples de personnes de même sexe (cf. *supra*). De telles réticences n'ont plus lieu d'être depuis la légalisation du mariage homosexuel. Dès lors, l'importance du concubinage au sein de la société polynésienne pourrait justifier l'instauration d'un partenariat enregistré. À cet égard, le Conseil d'État<sup>90</sup> et le Conseil constitutionnel<sup>91</sup> ont rappelé que le PACS ne relève pas de l'état des personnes mais du droit des contrats qui est une compétence de la Polynésie française. La balle est donc dans le camp du législateur polynésien...

En revanche, dans le domaine foncier qui est un élément essentiel de l'identité polynésienne (cf. *supra*), seule une loi votée par le Parlement français pourrait permettre l'instauration d'un régime juridique dérogatoire au droit commun afin de tenir compte des spécificités polynésiennes en matière d'indivision. Le droit des successions, en effet, est de la compétence de l'État. Mais la Polynésie est compétente en matière de droit de la propriété, d'usucapion, de possession ou d'expropriation. Une action commune devra être entreprise afin d'affronter la question foncière...

Enfin, il est possible d'observer que, dans bien des cas, la jurisprudence locale s'efforce de tenir compte de la coutume et, partant, de l'identité polynésienne, dans les litiges concernant le droit des personnes et de la famille et même en matière foncière. Cela peut se traduire par une application conciliante du Code civil dans le sens de la coutume comme on l'a vu avec utilisation de la délégation de l'autorité parentale pour régir la situation de l'enfant *fa'a'amu*<sup>92</sup>. Parfois, c'est une application très stricte de la loi qui permet de ne pas mettre en échec la coutume. Par exemple, en appliquant les dispositions de la loi d'une manière rigoureuse afin de faire obstacle à l'usucapion entre indivisaires<sup>93</sup>. À l'inverse, il est arrivé que les tribunaux mettent « entre parenthèses » le droit métropolitain lorsque toutes les parties en étaient d'accord afin d'écartier les dispositions qui n'accordaient pas les mêmes droits aux enfants légitimes et naturels (avant 1972), ainsi qu'aux enfants adultérins<sup>94</sup>. À sa façon, la jurisprudence peut être un acteur de la protection de l'identité polynésienne.

---

90 - CE, avis, 29 avril 2014, n° 388614,

91 - Cons. const., 21 octobre 2015, n° 2015-9-LOM, *Dalloz* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *RTD civ.*, 2016, p. 86, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2015, comm. n° 213, obs. J.-R. Binet, qui a « délégalisé » la loi 23 juin 2006 en Polynésie française.

92 - M.-N. Capogna, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports », *op. cit.*, spéc. p. 930.

93 - R. Calinaud, 2001, « Les principes directeurs du droit foncier polynésien », *Revue Juridique Polynésienne*, p. 741, spéc. p. 748-749.

94 - *Ibid.*



## **CINQUIÈME PARTIE**

### **PROPOS CONCLUSIFS**





## Droit et identité, conclusions en forme d'ouverture<sup>1</sup>

**Hugues Fulchiron**

Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand,  
Institut universitaire de France

179

« L'identité se réduit moins à la postuler ou à l'affirmer qu'à la refaire, la reconstruire. » C'est par ces mots que Claude Levi-Strauss concluait le séminaire sur l'identité qu'il avait organisé au Collège de France au milieu des années 1970<sup>2</sup>. Certes, le contexte intellectuel était alors bien différent de ce qu'il est aujourd'hui et le sens que Levi Strauss donnait au mot « identité » n'est peut-être que l'un des sens qui ont retenu notre attention au cours de ces deux journées de colloque. Mais cette formule aux subtiles nuances illustre bien la complexité des questions qui nous ont réunis. Grâce soit donc rendue aux organisateurs de ce colloque et tout particulièrement à Christine Bidaud, d'avoir choisi d'aborder l'identité dans ses multiples dimensions, la dimension juridique étant mise en résonance avec des dimensions politiques, sociologiques et anthropologiques. De même faut-il la remercier d'avoir élargi notre réflexion à d'autres mondes tant il est vrai que le singulier ne se comprend vraiment que par le pluriel. Cette approche était d'autant plus intéressante qu'elle forçait les juristes qui comme moi venaient de métropole à dépasser les problématiques « européenocentrées » ou « globalocentrée » (si je peux risquer ce néologisme), qui constituent le cœur des réflexions contemporaines sur l'identité. Bien sûr, devions-nous nous interroger sur ces nouvelles formes d'identités qui, transcendant les appartenances politiques, ethniques et culturelles traditionnelles, provoquent la dilution des identités anciennes tout en donnant naissance à de nouvelles revendications « identitaires » que nos sociétés ont d'ailleurs de plus en plus de mal à gérer. Mais il nous était aussi proposé de revenir aux sources de l'identité, celle qui naît d'un lien à une terre, à une famille, à un clan. Notre réflexion en a été revivifiée, j'allais dire, réanimée.

Que la notion d'identité soit une notion complexe dans sa dimension individuelle comme dans sa dimension collective, les deux dimensions étant d'ailleurs étroitement liées en ce que l'identité collective est le substrat des identités individuelles et réciproquement, est une évidence. Bernard Rigo rappelait hier que l'identité naît de la combinaison de *l'ipse* et de *l'idem* : je suis le même (*idem*), c'est-à-dire qu'au-delà de mes perpétuelles métamorphoses et de la diversité des éléments qui me composent ; je suis moi (*ipse*), en ce sens que je suis un être unique et que je suis le seul à être moi. Mais, à partir de là, les approches sont diverses, comme l'ont montré les interventions d'hier et aujourd'hui. Au-delà de divergences, se sont cependant dégagées, me semble-t-il, trois constantes :

- **1<sup>re</sup> constante.** L'identité n'est pas un donné mais un construit, et un construit en perpétuelle construction et reconstruction : c'est l'idée de l'ancrage et du chemin qu'évoquait hier Emmanuel Tjibaou, ou, pour reprendre une formule de Bernard Rigo,

1 - Contribution rédigée en décembre 2016, le style oral a volontairement été conservé par l'auteur.

2 - *L'identité*, 2010, PUF, coll. Quadrige.

« l'identité est moins une question de substance que de vie ». L'identité figée serait une identité morte et peut-être mortifère : négation de la vie, négation de ce que je suis mais aussi négation de l'autre.

• **2<sup>e</sup> constante.** L'identité se construit à partir d'une pluralité d'éléments. C'est ce qu'ont notamment souligné Patrice Godin et Jone Passa : pluralité des composants de l'identité (et à écouter Amélie Panet et Amélie Dionisi-Peyrusse le juge de la Cour EDH et celui de la CJUE rejoignent l'anthropologue...), pluralité des appartenances dont la combinaison forme l'identité de chacun et qui fait qu'aucun homme n'est identique aux autres.

• **3<sup>e</sup> constante.** L'identité se construit dans le rapport à l'autre, par le rapport à l'autre, et ce en un double sens. D'une part, l'identité se construit dans la relation avec l'autre : comme l'expliquait Patrice Godin à propos de l'identité kanak (mais la réflexion vaut à un degré ou à un autre pour l'identité en général), la relation est constitutive d'identité. D'autre part, l'identité se construit dans la confrontation avec l'autre, en ce sens que c'est le rapport à l'autre qui me révèle mon identité (je ne suis pas l'autre) et qui me conduit à me définir comme étant ce que je suis (quitte à ce que ce « je » ne soit qu'une partie de moi). C'est vrai pour un individu comme pour une communauté (cf. les remarques d'Amélie Panet qui soulignait que, au sein de l'Union européenne, l'identité des États membres s'affirmait (« s'éprouvait », pourrait-on dire), dans la confrontation avec le droit de l'Union). Mais si, comme le disait Bernard Rigo, l'un ne va pas sans l'autre, les rapports entre identité et altérité se partagent entre deux pôles opposés : le rapport à l'autre permet de se construire, mais si l'autre est construit comme un double antinomique, l'affirmation de l'identité aboutit au rejet de l'autre, voire à sa négation : l'homme et le barbare, le fidèle et l'infidèle, l'homme civilisé et le sauvage, le blanc et l'indigène... Pointe extrême de ce processus, l'autre est, de chaque côté, construit comme le double maléfique dans lequel sont englobés indistinctement « les autres », dans une dérive identitaire qui peut aller jusqu'à la destruction de l'autre, des autres, i.e. de tout ce que n'est pas identique, de tout ce qui n'est pas « nous ». Les forces qui travaillent notre temps nous rappellent sans cesse la réalité de ce danger.

Dans le monde complexe des identités, quelle peut être la place du droit ? Quel peut être le rôle du droit en tant qu'instrument de régulation des rapports sociaux ? Telle était au fond la question sur laquelle les organisateurs de ce colloque nous invitaient à réfléchir. À l'évidence, les liens entre droit et identité sont étroits, ne serait-ce que parce que, comme le rappelait hier le Président Lagadec, le droit est à la fois le produit de l'identité d'un pays et un élément constitutif de cette identité. Mais au-delà de cette réalité, quelle fonction remplit le droit ? À entendre les orateurs d'hier et d'aujourd'hui, il me semble que cette fonction est double :

- d'une part, le droit est le garant du respect des identités ;
- d'autre part, le droit permet d'assurer la coexistence des identités.

## I. LE DROIT, GARANT DU RESPECT DES IDENTITÉS

Le souci de garantir le respect des identités vaut pour les identités individuelles comme pour les identités collectives. Même si elle n'a pas été abordée directement au cours de ce colloque, il convient de rappeler la multiplicité des textes internationaux qui reconnaissent et protègent les identités collectives à travers la protection des minorités, des peuples autochtones,

des langues et des cultures : le droit international est un droit qui protège les identités contre les tentatives hégémoniques des peuples, des communautés ou des idéologies dominantes. Ursula Basset et Bill Atkin en ont donné une belle illustration en montrant la complexité des questions liées à la reconnaissance de la place des communautés indigènes.

Si, avec les orateurs d'hier, on se penche de façon plus approfondie sur les identités individuelles, il apparaît que les systèmes juridiques occidentaux ont connu une profonde évolution que l'on peut résumer en deux mots (aussi réductrice et ambiguë que soit cette formule) : individualisation et subjectivisation.

### A. Individualisation de l'identité

Parler d'individualisation de l'identité peut paraître à première vue tautologique : l'identité n'est-elle pas ce qui fait qu'un individu est indivisible et individualisé (on retrouve là les deux dimensions de l'*idem* et de l'*ipse*) ? Ce que tend à dire cette formule c'est que l'identité en droit est reconstruite à partir de l'individu et plus précisément à partir de ses droits et libertés. Émerge ainsi, comme l'ont bien montré les organisateurs de ce colloque à travers la structure même de nos débats, un droit au respect de son identité et au-delà un droit à l'identité.

De ce point de vue, l'évolution est radicale. Au risque de forcer le trait, on serait tenté de dire que traditionnellement la fonction essentielle du droit en la matière était d'assigner à chacun « son » identité, *i. e.* celle que la société lui reconnaissait, et, par là même, d'attribuer à chacun un statut individuel, social et familial. C'est ainsi que le droit garantissait le respect des identités : des identités « préconstituées », des identités en grande partie imposées à l'individu. En fait, l'identité était surtout appréhendée par le droit dans sa fonction « identificatoire ».

Pour parvenir à cette identification, d'ordre à la fois personnel et social, le droit dispose d'un certain nombre d'éléments qui varient à la fois dans l'espace (selon les systèmes juridiques) et dans le temps (pour un même système juridique) : nom, sexe, rattachement à un lieu, appartenance à une famille ou, au moins, lien avec un ou plusieurs « auteurs », nationalité, ainsi que, parfois, religion, race, couleur, appartenance ethnique, etc. À ces caractéristiques, prises séparément ou combinées les unes avec les autres, était attaché un statut social qui se traduisait en statut juridique. Et, parce que les liens étaient étroits entre identité et statut, la matière était dominée par l'idée d'indisponibilité des éléments constituant l'identité juridique de l'individu et, globalement, par le principe d'immutabilité de l'état des personnes. Ce qui était vrai pour des éléments considérés comme des invariants (sexe, race, couleur) l'était aussi pour les éléments qui « par nature » auraient pu faire l'objet d'une modification (le nom, par exemple), toute modification étant juridiquement complexe et, parfois interdite, voire sanctionnée (on pense à la religion dans certains systèmes juridiques).

La perspective est aujourd'hui radicalement différente. Deux phénomènes se sont en effet conjugués.

Premier phénomène : la reconnaissance des droits et libertés de l'individu. Comme l'a montré hier Amélie Dionisi-Peyrusse à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH, l'individu est aujourd'hui placé au centre du droit : c'est à partir de lui que se construit ou se reconstruit, notamment en matière de statut personnel, la règle de droit. Dès lors, la dimension « identificatoire » s'efface au profit de la dimension « personnelle » de l'identité, dans la diversité de ses composantes, telles que les construit, les reconstruit et les combine

l'individu. Même des éléments que l'on considérait comme des éléments « objectifs », quand bien même il s'agirait également de constructions sociales (ne serait-ce que par le fait qu'ils ont été sélectionnés pour définir l'identité de l'individu), s'ouvrent à la subjectivité du sujet : tel est notamment le cas du sexe. Comme on le verra, la dimension subjective de l'identité (je suis ce que je pense être, je suis ce que j'ai la conviction d'être), conduit à réinterpréter l'identité à partir du sentiment d'identité.

D'autre part, les éléments constitutifs de l'identité juridique de l'individu ont perdu de leur importance en tant que support d'un statut juridique et social. En conséquence, il n'est plus besoin de garantir l'immutabilité de l'état ou d'affirmer, sinon de façon purement rhétorique, l'indisponibilité de l'état.

Comme l'a montré Philippe Guez, le nom offre un très bel exemple de cette évolution. À travers le nom, ce fut longtemps la filiation qui était en jeu donc un statut social. Donner le nom, c'était donner un statut à l'enfant en l'intégrant dans une lignée. Tel n'est plus vraiment le cas aujourd'hui, du moins en droit. C'est ce qui explique en grande partie la liberté qui prévaut désormais en la matière, liberté que la récente loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a porté à son aboutissement. Il est d'ailleurs significatif que l'objectif de cette loi ait été de « recentrer le juge sur ses missions essentielles » : le contrôle des noms (le contrôle de l'individu par son nom) n'est plus une mission que la société considère comme si « essentielle » qu'elle le confie au juge.

Ce qui est vrai pour le nom l'est aussi pour le sexe : dans des sociétés qui comme les sociétés occidentales affirment l'égalité des sexes et où, par conséquent, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe n'assigne plus de statut particulier (du moins en droit), les principes d'immutabilité et d'indisponibilité de l'état perdent leur signification. On passe ainsi, de l'immutabilité à une mutabilité encadrée par le respect des exigences de l'intérêt collectif.

À l'inverse, si tel ou tel élément constitutif de l'identité d'un individu a conservé une forte dimension statutaire, le cadre juridique dans lequel il s'inscrit demeure strictement défini : tel est le cas de la nationalité ou de la citoyenneté néocalédonienne.

Le phénomène d'individualisation des éléments constitutifs de l'identité se double d'un deuxième phénomène : la subjectivisation.

## **B. La subjectivisation**

Parler de « subjectivisation » de l'identité rend compte d'une évolution aussi profonde que l'individualisation. Il est généralement admis que l'identité est faite d'éléments objectifs mais aussi d'éléments subjectifs : le sentiment d'identité. Ce qui est nouveau, c'est l'attitude du droit (révélatrice bien sûr de l'attitude de la société qui « produit » ce droit) vis-à-vis de cette part de subjectivité : cette part est désormais pleinement assumée.

Là encore, le phénomène est lié à la reconnaissance de droits et libertés de l'individu, et, notamment, à la dynamique des droits fondamentaux. Dès lors en effet que l'on reconnaît à l'individu des droits sur son identité (le droit au respect de son identité), voire, comme on l'a dit, un droit à l'identité, les éléments constitutifs de l'identité s'ouvrent à la subjectivité, y compris les éléments que l'on considérait jusqu'ici comme des « invariants ». La dimension subjective de l'identité (je suis ce que je pense être) conduit ainsi à réinterpréter, voire à

reconstruire l'identité à partir du sentiment d'identité. Le sexe est, bien sûr, le meilleur exemple de cette subjectivisation. Mais on peut se demander ce qu'il en sera demain de ce qui apparaît aujourd'hui comme l'invariant par excellence, l'identité génétique, dès lors que le séquençage des gènes en fera une identité complexe...

Alors que les droits nationaux restaient souvent prisonniers de leurs traditions et de leurs principes (on n'ose dire, de leurs mythes), il est revenu à la Cour EDH d'explorer les différentes facettes de l'identité et, comme l'a montré Amélie Dionisi-Peyrusse, de mettre en valeur son caractère multiple et évolutif, à travers une conception de plus en plus large de la vie privée, allant de l'identité physique à l'identité génétique, en passant par l'identité culturelle et l'identité sociale. Bien plus, la Cour entend garantir le droit de chacun au développement de son identité, condition de l'épanouissement personnel de l'individu. Et la Cour d'imposer aux États l'obligation de respecter la part de subjectivité de l'individu dans la définition de son identité.

Ce qui a été dit de la Cour EDH pourrait l'être aussi, dans une large mesure, de la CJUE, comme nous l'a montré Amélie Panet : sur la base des droits et libertés appartenant au citoyen européen, la Cour a laissé à celui-ci une grande marge d'autonomie dans la construction de son statut personnel et par conséquent dans la gestion des éléments de son identité.

Le phénomène de subjectivisation dispose d'un champ d'expansion d'autant plus large que la dynamique des droits fondamentaux se conjugue là encore avec une forme de « redéploiement » du droit : l'identité de l'individu dans sa pluralité et sa subjectivité, ne constitue plus un enjeu social essentiel. La priorité devient au contraire la protection de cette identité appréhendée du côté du sujet. D'autant que, c'est une évidence, les sociétés contemporaines disposent d'autres moyens pour assurer l'identification, j'allais dire la « traçabilité » des individus : elles usent désormais de moyens purement objectifs infiniment plus efficaces d'ailleurs, des plus simples, comme les numéros d'immatriculation, aux plus complexes, comme l'empreinte génétique.

La double évolution vers l'individualisation et la subjectivisation de l'identité étant ainsi retracée, il convient de préciser trois choses.

D'une part, les risques de cette évolution ne doivent pas être sous-estimés, pour l'individu comme pour la collectivité à laquelle il appartient. Pour l'individu, elle peut conduire à la perte de l'identité ou du sentiment d'identité : à laisser l'identité aux hasards de la volonté, on peut favoriser les crises d'identité, avec des identités « flottantes » pour lesquelles il n'est plus ni « ancrage » ni « chemin ». Pour la collectivité, elle peut entraîner un délitement des liens.

D'autre part, cette évolution se développe sous deux réserves. Tout d'abord, il faut tenir compte de la force des mythes juridiques qui font que les règles qui encadrent les éléments constitutifs de l'identité d'un individu constituent un élément constitutif de l'identité d'un système juridique. Nombre d'étoiles mortes continuent à éclairer le ciel du droit. Philippe Guez en a donné de beaux exemples avec les « principes » d'immutabilité et d'indisponibilité de l'état des personnes.

Ensuite, il faut tenir compte des hypothèses dans lesquelles l'identité d'un individu croise les intérêts particuliers d'une société donnée. C'est ce qu'évoquait hier Amélie Panet lorsqu'elle nous parlait des liens complexes entre identité individuelle et identité nationale, le respect de

l'identité nationale venant contrarier ou contrebalancer le respect de l'identité individuelle. De même, lorsque des éléments de statut sont attachés à telle ou telle composante de l'identité, le cadre légal dans lequel sont enserrés ces éléments demeure. Tel est le cas, on l'a dit, en matière de nationalité, tel est aussi le cas, comme nous l'expliquait hier Lisa Kibangui, en matière de statut coutumier.

Reste enfin à s'interroger sur l'ampleur et sur les conséquences de cette évolution. Est-elle propre aux sociétés occidentales ? Si tel était le cas, on pourrait craindre que le fossé ne se creuse entre des sociétés que l'on qualifierait un peu vite de postmodernes et les sociétés que l'on qualifierait tout aussi rapidement de « traditionnelles ». Dans une société comme la société kanak, l'identité, comme l'ont montré hier Thierry Xozame et Patrice Godin, ne reste-t-elle pas marquée par l'appartenance au clan : un clan au sein duquel une place est assignée à chacun en fonction de son rang, par le lien à la terre et par des relations d'échange ? Thierry Xozame rappelait les formules très fortes utilisées par la cour d'appel de Nouméa dans son arrêt du 22 avril 2016 : « Les individus n'ont d'identité qu'au travers du clan ». On en trouve un écho dans les décisions que j'ai étudiées à l'occasion de la recherche dirigée par Étienne Cornut et Pascale Deumier<sup>3</sup> : dans ses décisions sur la filiation et les relations entre parents et enfants, la conciliation entre droits fondamentaux et statut coutumier se réalise à travers l'affirmation pour le moins abrupte, selon laquelle le respect des droits fondamentaux passerait par le respect des principes qui gèrent la société kanak dans laquelle vit l'individu.

En réalité, l'opposition doit être nuancée. Lisa Kibangui a évoqué hier les incertitudes ressenties par certains de ses clients sur leur identité et dans sa communication, Jone Passa a souligné qu'alors que dans les mentalités traditionnelles kanak, le *je* est dans le *nous* et le *nous* dans le *je*, dans les mentalités contemporaines, le *je* tend à prendre le pas sur le *nous*, ce qui montre que le mouvement que je décrivais tout à l'heure touche bien, à des degrés divers, l'ensemble des sociétés, au risque de fracture des identités.

Surtout, le respect des identités peut conduire à des conflits entre identités : conflits entre identités individuelles, conflits entre identités individuelles et identités collectives, conflits entre identités collectives. Et c'est là la seconde mission du droit : tout en garantissant le respect des identités, il lui revient d'assurer la coexistence des identités.

## II. LE DROIT, INSTRUMENT DE LA COEXISTENCE DES IDENTITÉS

On l'a souvent dit au cours de ces deux journées, les identités individuelles comme les identités collectives sont multiples et complexes. Parfois, elles se chevauchent et s'interpénètrent. De fait, en des temps où les relations interindividuelles se développent sans cesse, qu'elles soient « réelles » ou virtuelles, et en des temps où la globalisation fait interagir les identités les unes avec les autres, les hypothèses de multi-appartenances se multiplient, avec de nouvelles

3 - « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, Rapport de recherches collectives », GIP Mission de recherche – Droit et Justice, décembre 2016 (dir. É. Cornut, P. Deumier), <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication>. Voir aussi É. Cornut, P. Deumier (dir.), 2018, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC).

formes d'appartenances parfois dématérialisées, en tout cas déterritorialisées, qui se superposent aux identités ancrées dans un territoire ou dans une histoire communs. De nouvelles identités se construisent ainsi, complexes à gérer pour les individus comme pour les sociétés dans lesquelles ils vivent.

Une des missions du droit est de contribuer à la gestion de cette diversité, au niveau individuel et au niveau collectif : gérer la diversité afin de maintenir les conditions du vivre ensemble, ou, pour reprendre la formule des accords de Nouméa, pour réunir les conditions permettant la construction d'un destin commun.

Gérer la diversité, réunir les conditions du vivre ensemble, telles sont les deux pistes qu'il convient d'explorer.

### A. Gérer la diversité

Une fois la diversité garantie (non sans difficultés parfois, comme l'ont rappelé Ursula Basset et Bill Atkin), encore faut-il la gérer. Le problème se pose pour les identités individuelles comme pour les identités collectives.

*Pour les identités individuelles.* On a dit que le droit, dans son souci de respecter les identités individuelles avait abandonné une grande partie de sa rigueur : il n'enferme plus l'individu dans une identité « imposée ». Vraie en interne (on l'a vu avec les interventions de Philippe Guez et Amélie Dionisi-Peyrusse), cette évolution se vérifie également au niveau international, avec la création de nouvelles méthodes permettant de gérer la diversité. Comme l'ont montré ce matin Christine Bidaud et Éric Fongaro, l'identité d'un individu n'est plus assurée par le rattachement de son statut à la loi d'une nationalité ou à la loi d'un territoire, l'unité du statut, donc la permanence de l'identité du sujet, étant garantie par l'application d'une loi unique censée correspondre le mieux à cette identité. Aujourd'hui, nous disait Christine Bidaud, l'unité du statut personnel est assurée par une combinaison de méthodes. Elle passe notamment par la méthode de la reconnaissance qu'évoquait aussi Amélie Panet, *i. e.* par la reconnaissance par les autres États des situations personnelles et familiales (attribution d'un nom, mariage, établissement d'une filiation...), nées valablement dans un autre État. Le statut personnel peut ainsi devenir un statut composite, constitué par application de règles appartenant à des systèmes juridiques différents applicables selon les circonstances changeantes de la vie de l'intéressé (ce qui rejoint l'idée d'identités multiples qui se chevauchent), mais sa permanence est assurée dans l'espace et dans le temps par sa reconnaissance transfrontière.

Cette nouvelle façon de gérer la diversité, qui renonce à réduire celle-ci à l'unité par le rattachement à une loi unique (une loi identique, une loi identitaire ?), fonctionne bien dans un espace qui, comme l'espace de l'Union européenne, est construit sur des bases communes : ces principes et valeurs communs qui, comme le rappelait hier Amélie Panet, constituent le socle de l'identité européenne et par conséquent le cœur de l'identité du citoyen européen. Mais, à travers le respect des droits fondamentaux, elle prend une dimension universelle. En témoigne la jurisprudence de la Cour EDH sur la reconnaissance, comme nous l'ont expliqué Christine Bidaud et Éric Fongaro.

La seule limite à cette reconnaissance des identités semble devoir être, comme le rappelaient Christine Bidaud et Amélie Panet, le respect de l'identité des États, *i. e.* des principes essentiels sur lesquels les États se sont construits.



*Au niveau collectif*, le respect des identités passe parfois par l'édiction de corps de règles distincts applicables aux différents groupes vivant sous une même souveraineté. La Nouvelle-Calédonie en offre un magnifique exemple, avec une pluralité d'identités reconnue par le droit et transcrite dans les règles juridiques propres à telle ou telle communauté, étant entendu, comme l'a expliqué Étienne Cornut, que ces communautés comme ces corps de règles ne sont pas étanches et que des passages sont possibles de l'un à l'autre.

Reste à articuler des différents corps de règles les uns avec les autres. Et là, les choses ne sont pas toujours aisées, comme nous l'ont montré Me Jacqueline Calvet-Lèques et Me Catherine Lillaz à travers l'exemple des successions. À les écouter cependant, on a le sentiment que des règles d'articulation sont plus efficaces que des règles matérielles unifiées : malgré ses défauts, la proposition de délibération du 2 juillet 2015 semble mieux adaptée aux réalités que la délibération de 1980. De même, dans un tout autre cas de figure, les États de l'Union européenne, soucieux de respecter les identités nationales, ont opté non pas pour une unification des règles matérielles mais pour la construction de règles de conflit communes, Éric Fongaro, nous a expliqué que la place laissée à la volonté individuelle peut permettre de corriger l'éclatement des rattachements et de rétablir l'unité.

Étienne Cornut nous l'a dit : le chantier est immense. Certes, le respect des identités conduit à rejeter le mythe d'une unification/harmonisation grâce à la construction d'un *jus commune*. Mais il nous a aussi montré que, dans certains domaines, l'unité partielle était possible dès lors que les finalités poursuivies dépassaient, « transcendaient » nous a-t-il dit, les identités : et de citer notamment le droit de l'environnement. Quitte à prévoir des adaptations, afin de mettre le droit en adéquation avec les spécificités locales. La gestion de la diversité dans le respect des identités passe cependant essentiellement par des règles de coordination : des règles de coordination entre les statuts qui sont dépourvues de toute idée de hiérarchie et qui laissent une certaine marge de liberté aux individus afin de mieux respecter leurs identités lorsque celles-ci sont multiples. Quand bien même les options ouvertes entraîneraient un certain nombre de difficultés techniques (Me Kibangu en faisait état à propos du divorce et Me Calvet-Lèques et Me Lillaz s'en faisaient l'écho en matière de successions), un tel système permet d'apaiser les tensions qui peuvent surgir entre identités traditionnelles et identités nouvelles : des tensions nées de l'interaction entre les identités présentes sur le territoire et entre lesquelles se partage un même individu.

Reste également à ne pas enfermer les individus dans une identité imposée par une appartenance, avec le statut lié à cette appartenance : c'est tout le problème évoqué hier à travers le débat sur la *vie* de la coutume. De même que l'identité n'est pas figée, la coutume, qui traduit cette identité ne doit pas être « gelée » : gelée par une rédaction qui, en la cristallisant, risquerait de la « pétrifier » (cf. la confusion évoquée hier par Patrice Godin entre coutume et droit coutumier), gelée par un usage excessif du précédent qui, dans le raisonnement du juge, ne serait plus un tremplin, mais une prison.

Assumer la coexistence des statuts passe donc en premier lieu par des règles qui permettent de gérer la diversité. Mais elle passe aussi, et je serais tenté de dire surtout, par la définition des principes qui permettraient d'assurer le vivre ensemble.

## **B. Définir les conditions du vivre ensemble**

Il ne s'agit plus seulement de ménager la coexistence des identités dans le cadre d'un pluralisme juridique « communautaire » (on serait tenté de prendre l'exemple du Liban), mais de

construire un pluralisme qui constitue l'un des moteurs du « destin commun » dont parlent par exemple les accords de Nouméa. Le problème ne se pose pas seulement en Océanie. Il se pose aussi en Europe : on le voit à travers les interrogations évoquées hier par Amélie Panet autour de l'identité européenne ; et je suppose que le souvenir des débats si mal engagés en métropole à propos de l'identité nationale est encore dans toutes les mémoires.

Si je reprends ce qui a été dit hier et aujourd'hui, assurer les conditions du vivre ensemble suppose un double effort : il s'agit tout d'abord de définir le socle commun de valeurs et de principes qui transcendent la diversité des identités, et, à partir de là, de fixer les équilibres entre respect des identités et exigences du vivre ensemble.

La définition d'un socle commun de principes et de valeurs, passe, fondamentalement, par la définition et par l'affirmation des éléments de sa propre identité. Tel était l'objectif de la Charte du peuple kanak, dans laquelle ont été affirmés les valeurs essentielles du peuple kanak et les principes fondamentaux de sa civilisation. En un sens, l'Europe a emprunté la même voie avec la Charte européenne des droits fondamentaux dans laquelle l'Union, pour donner corps, ou plutôt pour donner une âme, à l'identité européenne, affirme les principes et les valeurs communs aux peuples qui la composent. Cette démarche rejoint également celle de la France avec la Charte des droits et des devoirs du citoyen français, qui expose les principes et les valeurs *à partager* par tous ceux qui possèdent ou acquièrent la nationalité française ; sauf à faire observer qu'avec cette charte, c'est plus l'idée d'une identité exclusive que d'une identité partagée qui est mise en avant : il s'agit en effet d'un document construit unilatéralement et auquel l'étranger est sommé d'adhérer.

Car tel est bien l'enjeu : au-delà de l'affirmation de *ses* valeurs et de *son* identité, il s'agit de construire des valeurs partagées. C'est le travail qu'évoquait Étienne Cornut à propos du projet de Charte des valeurs communes : s'entendre autour de valeurs qui transcendent les identités des différentes communautés composant la société calédonienne, mais sans les effacer afin de faire émerger une *identité en partage*.

À cette seule condition pourront être levées les craintes que suscite, qu'on le veuille ou non, la valorisation d'une identité particulière, craintes dont témoigne l'extrême frilosité du Conseil constitutionnel dès lors qu'il est question de peuple et d'identité kanak et qui explique, Carine David nous la rappelait hier, les « stratégies d'évitement » mises en place par le Conseil face la reconnaissance d'une identité qui serait vraiment porteuse de droits.

La constitution de ce socle commun constitue la première étape pour pouvoir ensuite procéder aux arbitrages.

Respecter les identités ne saurait justifier que les identités individuelles et collectives envahissent la société au risque de mettre en péril la coexistence des communautés. Le risque est double : celui, d'une part, de nier les autres identités, notamment des identités juridiquement ou symboliquement « minoritaires », celui, d'autre part, de provoquer des réactions parfois violentes de la part des autres groupes qui, majoritaires ou minoritaires, se sentiraient menacés dans leur propre identité. La question ne se pose pas qu'en Nouvelle-Calédonie : elle est en Europe d'une brûlante actualité.

Le respect des identités, dans le respect du vivre ensemble, passe donc par des arbitrages : arbitrages entre des intérêts individuels et des intérêts collectifs, arbitrages entre les principes et les valeurs qui s'affrontent dans le cas particulier.

Il appartient au législateur ou au juge d'y procéder. Amélie Panet et Amélie Dionisi-Peyrusse nous en ont montré la complexité à travers la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE. Ursula Basset et Bill Atkin nous en ont donné de passionnantes illustrations avec la question de la prise en compte des particularismes culturels. En la matière, il serait vain de se contenter d'invoquer les droits fondamentaux : on aurait tôt fait de relancer le débat sur l'universalisme des droits de l'homme. En un sens, ces arbitrages passent par un compromis, compromis toujours changeant, toujours mouvant, afin de s'adapter aux besoins d'une société à un moment donné de son histoire mais à condition que soit fixé un cap, sans quoi le compromis ne serait que compromissions.

Reste à faire accepter ces arbitrages. En métropole, l'exemple du voile islamique, montre qu'ils peuvent l'être lorsqu'ils sont « raisonnables », *i.e.* respectueux des intérêts de tous (c'est là précisément la différence entre la loi traitant du voile intégral et les délires estivaux sur le *burkini*).

Ce sont en tout cas à ces arbitrages que devra se livrer la société calédonienne si elle veut que « l'avenir commun » des accords de Nouméa soit vraiment un avenir partagé.

L'identité est à la fois un ancrage [je/tu reste(s)] et un chemin [je/tu avance(s)], comme le disait hier Emmanuel Tjibaou. Nul doute que ce colloque sera pour nous à la fois un ancrage, par la somme de connaissances mises en commun, et un chemin par toutes les questions qu'il aura suscitées.





## PRÉSENTATION DES AUTEURS

Bill Atkin, professeur de droit à Victoria University of Wellington.

Ursula Basset, professeur de droit, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

Christine Bidaud, professeur de droit privé à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, codirectrice du Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie de 2015 à 2019, LARJE.

Étienne Cornut, professeur de droit privé à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, Centre de Recherches Critiques sur le Droit (CERCRID), en poste à l'université de la Nouvelle-Calédonie de 2006 à 2019, LARJE.

Amélie Dionisi-Peyrusse, maître de conférences (HDR) en droit privé à l'Université de Rouen, Centre Universitaire Rouennais d'Études Juridiques (CUREJ).

Éric Fongaro, professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux, directeur adjoint de l'Institut de Recherche en Droit des Affaires et du Patrimoine (IRDAP).

Hugues Fulchiron, professeur de droit privé à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, codirecteur du Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand, Institut universitaire de France, conseiller SE à la Cour de cassation.

Patrice Godin, maître de conférences en anthropologie à l'université de la Nouvelle-Calédonie, TROCA.

Philippe Guez, professeur de droit privé à l'Université de Paris-Nanterre, Centre d'Études Juridiques Européennes et Comparées (CEJEC), doyen honoraire du département Droit, économie, gestion de l'université de la Polynésie française.

Amélie Panet-Marre, maître de conférences en droit privé à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand.

Jone Passa, sociologue.

Bernard Rigo, professeur de langues et cultures océaniques à l'Université de Nouvelle-Calédonie, TROCA.

Seules presses universitaires francophones du Pacifique, les Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'Université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser l'accès en Nouvelle-Calédonie à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont par ailleurs pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

La collection **LARJE**, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, est l'une des cinq collections que comptent aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la Recherche, l'Enseignement Supérieur et l'Innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniques et internationaux.

Les PUNC : <https://unc.nc/recherche/presses-universitaires/presentation/>

- Directeur : Jean-Marc Boyer
- Directeurs de la collection Larje : Samuel Gorohouna
- Responsable éditoriale et coordinatrice : Françoise Cayrol

Popai est un prix littéraire initié par madame Déwé Gorordey, alors vice-présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et attribué dans le cadre du SILO. Véritable gage de qualité pour les livres primés, les prix sont attribués par un jury de professionnels du livre et de la culture.

## COLLECTION LARJE

### *Quelle insertion économique régionale pour les territoires français du Pacifique ?*

Gaël Lagadec (dir.), Jérémy Ellero, Étienne Farvaque, 2016

### *L'indépendance des universités en Nouvelle-Calédonie*

Mathias Chauchat (dir.), 2017

### *Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique*

Guyène Nicolas (dir.), 2017

### *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*

Étienne Cornut et Pascale Deumier (dir.), 2018

### *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*

Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,  
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat et Catherine Ris (dir.), 2018

### *La Nouvelle-Calédonie face à la crise des finances publiques*

Manuel Tirard (dir.), 2019

### *Quelle économie pour la Nouvelle-Calédonie après la période référendaire ?*

Samuel Gorohouna (dir.), 2019

### *Précis de droit civil coutumier kanak (4<sup>e</sup> édition) avec un lexique coutumier et un lexique des « faux-amis »*

Antoine Leca, en coédition avec les Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2019

### *L'identité et le droit. Perspectives calédoniennes, nationales et internationales*

Christine Bidaud (dir.), 2020



## COLLECTION LIRE

### *L'école calédonienne du destin commun*

Stéphane Minvielle (dir.), 2018



## COLLECTION RÉSONANCES

### *Le réveil kanak*

### *La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie*

David Chappell, 2017 (Coédition avec les éditions Mardépores)

### *Violences réelles et violences imaginées*

Adrian Muckle, 2018







---

## COLLECTION CRESICA

*Au fil de l'eau*  
*Nouméa 2019*

Workshop des 17 et 18 septembre,  
2020

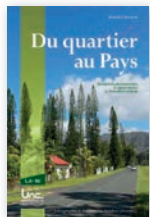


*Biodiversité, un besoin urgent d'action en océanie*

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2020

*Biodiversity, a pressing need for action in oceania*

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2019



---

## COLLECTION La-Ni

*Du quartier au Pays, Sociabilités pluriculturelles et appartenance*  
*en Nouvelle-Calédonie*

Benoît Carteron, 2020



*Sous le ciel de l'exil*

*Autobiographie poétique de Marius Julien, forçat de Nouvelle-Calédonie*

Gwénael Murphy, Louis Lagarde, Eddy Banaré,  
avec la contribution d'Aurélia Rabah Ben Aïssa,

2020

---

# NOS ÉDITIONS, NOTRE RAYONNEMENT SCIENTIFIQUE



**Les presses universitaires  
de Nouvelle-Calédonie :**

- Actes de colloques
- Monographies • Revues scientifiques
- Manuels pédagogiques
- Traductions d'ouvrages de référence  
sur la Nouvelle-Calédonie



**ULTIMO GLOBAL.**

Achevé d'imprimer sur les presses de Ultimo Global - Décembre 2020

# L'IDENTITÉ ET LE DROIT PERSPECTIVES CALÉDONIENNES, NATIONALES ET INTERNATIONALES

Sous la direction scientifique de Christine Bidaud

Qui suis-je ? Qui es-tu ? Qui sommes-nous ? Qu'est-ce que l'identité et comment le droit appréhende-t-il cette notion ? L'identité dont il est question en droit se réduit-elle à la seule identification des personnes ? Assurément non. Si le droit a longtemps pensé l'identité en termes d'identification, ce n'est plus le seul sens qu'il lui accorde aujourd'hui. Les dimensions sociologique et anthropologique de l'identité, la construction de l'individu par rapport à l'autre, par rapport au groupe, par rapport à la culture d'une société sont également présentes en droit. Sans se chasser l'une l'autre, ces différentes dimensions de l'identité cohabitent aujourd'hui dans la législation. Mais l'identité n'est plus seulement une notion en droit, elle est devenue elle-même un droit: le droit à l'identité. On peine à en cerner les contours et ils semblent si flous que l'on peut s'interroger sur les ramifications que ce droit pourrait avoir. Peut-il servir de socle au pluralisme juridique calédonien ? Peut-il servir de base à un droit à l'unité du statut personnel ? Peut-il permettre d'imposer son statut personnel et patrimonial au-delà des frontières ?

Les intervenants du colloque « L'identité et le droit », qui s'est déroulé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie les 3 et 4 novembre 2016, et les contributeurs au présent ouvrage ont cherché à comprendre les différents visages de l'identité et leur traduction dans le droit. Ils se sont intéressés au droit à l'identité et aux prolongements qu'il est envisageable de lui donner en Nouvelle-Calédonie, dans les situations internationales mais aussi par-delà les océans.