



HAL
open science

Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre. Nicole Gallus. Droit des familles, genre et sexualité, LGDJ; Anthemis, 2012, 978-2-87455-421-6. hal-01242501

HAL Id: hal-01242501

<https://hal.science/hal-01242501>

Submitted on 14 Dec 2015

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

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

Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre

Daniel BORRILLO*

Maître de conférences en droit privé

Chercheur associé au C.N.R.S.

Introduction

En France, le terme « genre » en tant que synonyme de sexe est dépourvu d'existence juridique. Le vocable « genre » apparaît surtout dans les textes relatifs au droit d'auteur pour désigner le « genre littéraire, artistique ou un type d'industrie ». En droit des obligations, le genre renvoie à la classification des choses. Ainsi, l'adage latin *genera non pereunt* (les choses de genre ne périssent point) indique que le débiteur ne saurait se prétendre libéré du fait de la perte d'une chose de genre. Le langage juridique se confond ici avec le parler courant : le genre fait référence à l'ensemble d'êtres ou d'objets ayant la même origine ou liés par la similitude d'un ou de plusieurs caractères (appartenir à un genre, rentrer dans un genre).

C'est sous le vocable « sexe » que la catégorie sociologique de genre apparaît dans le droit français. Le droit positif fait référence au sexe comme étant une réalité naturelle, à tel point que selon M.-L. Rassat, « la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir. Le sexe est une notion scientifique. Aux sciences [...] de dire en quoi il consiste et au droit d'entériner leurs révélations. »¹

Si le terme « sexe » (bien qu'il ne soit jamais défini) est consacré au niveau national, en revanche, c'est au niveau international, depuis la conférence de Beijing de 1995, qu'émerge juridiquement le terme « genre » pour faire référence aux rapports sociaux de sexe, et surtout à la discrimination envers les femmes. C'est donc par le droit international que la catégorie percera le droit français. Cependant, même si plusieurs rapports européens font référence au genre², les

* Daniel Borrillo est l'auteur de plusieurs ouvrages et articles scientifiques sur les sexualités et le droit, notamment *Droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009 et *Bioéthique*, Paris, Dalloz, 2011.

¹ M.-L. RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 655.

² Voy. par exemple « Différences entre les genres en matière de réussite scolaire : étude sur les mesures prises et la situation actuelle en Europe », rapport de l'Agence exécutive « Éducation, audiovisuel et culture », 2009.

textes juridiques en langue française de l'Union européenne utilisent le vocable « sexe » (« égalité ou discriminations fondées sur le sexe ») ou « hommes et femmes » (« égalité entre hommes et femmes ») pour désigner le genre. Ainsi, les directives relatives aux discriminations se réfèrent à toute « situation, disposition, critère ou pratique qui désavantagerait particulièrement les personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe »³. L'action positive est définie par le droit européen comme des mesures « destinées à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Le harcèlement est « la situation dans laquelle un comportement non désiré, lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

C'est surtout par les travaux des féministes anglo-saxonnes⁴ que le mot « genre » fait irruption dans la doctrine des juristes, même si la loi française ne l'utilise jamais et aucun dictionnaire ou vocabulaire juridique ne l'introduit dans son répertoire⁵.

Au-delà de cette question terminologique, liée souvent à la traduction du terme anglais *gender*, force est de constater que les dispositifs juridiques aussi bien nationaux, européens qu'internationaux se fondent sur l'existence pré-supposée de deux sexes juridiquement établis. Les individus se trouvent ainsi assignés à l'une ou l'autre de ces deux catégories distinctes et stables : hommes et femmes. Rien d'étonnant, le droit ne fait ici que refléter une tradition multiséculaire qui a naturalisé cet arrangement binaire du genre humain fondé sur les caractéristiques biologiques des sexes⁶.

Le contenu du terme « sexe » apparaît dans le droit interne comme assignation à une catégorie, d'une part, et comme injonction à la non-discrimination, d'autre part. Le sexe est donc à la fois identification et protection. En plus, le droit s'alimentant d'autres disciplines, il voit dans le sexe également les rapports sociaux de genre et la différence des sexes, c'est-à-dire la répartition complémentaire des rôles socialement sexués. Ainsi, le sexe désigne les hommes et les femmes (sexe biologique), les comportements attendus de chaque catégorie (sexe social ou genre proprement dit) et le désir sexuel et affectif des uns envers les autres (hétérosexualité).

³ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

⁴ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D.C.*, 2001/1.

⁵ C'est en vain qu'on cherchera le mot « genre » dans les dictionnaires juridiques. En revanche, le terme « sexe » indique « chez l'homme ou la femme, les organes de la reproduction et la sexualité ». Ainsi que « chacune de deux moitiés du genre humain, ensemble des femmes (sexe féminin), ensemble des hommes (sexe masculin) » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, p. 864.

⁶ D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, « Le genre : une question de droit ? », n° 2, 2011, pp. 263-274.

Dans un premier temps, nous présenterons les implications juridiques de cette triple signification du vocable pour, par la suite, tester sa pertinence juridique⁷. Autrement dit, est-il nécessaire que le sujet de droit soit sexué pour l'imputation des droits et d'obligations pouvant être défendus en justice ?

Bien que le terme « genre » ne soit pas pacifié sur le plan juridique, nous l'utiliserons dans cet article (tout au moins formellement) comme synonyme de sexe biologique, comme catégorie d'identification des personnes physiques, comme fonction sociale et sexuelle, ainsi que comme dispositif antidiscriminatoire. Toutefois, cette similarité sémantique n'implique nullement une synonymie substantielle, comme nous tenterons de le montrer dans les pages qui suivent.

Chapitre I

Le genre : un monstre à trois têtes

Comme le chien Cerbère, gardien de l'entrée des enfers, le genre est un monstre à trois têtes. Dès leur naissance, les individus sont juridiquement classés dans la catégorie mâle ou femelle. Cette assignation identitaire trouve son origine dans le tréfonds de notre culture. Ainsi, le récit de la Genèse raconte que Dieu créa l'homme d'abord, puis « L'Éternel forma une femme de la côte qu'il avait prise de l'homme, et il l'amena vers l'homme. Et l'homme dit : Voici cette fois celle qui est os de mes os et chair de ma chair ! On l'appellera femme, parce qu'elle a été prise de l'homme. C'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme, et ils deviendront une seule chair. »⁸ L'évidence d'une humanité binaire trouve ses origines dans la *Bible* et dans la plupart des récits mythiques⁹, à tel point que l'anthropologue Françoise Héritier ira jusqu'à affirmer que concernant « la différence sexuée et le rôle différent des sexes dans la reproduction. [...] Il s'agit là d'un butoir ultime de la pensée, sur lequel est fondée une opposition conceptuelle essentielle : celle qui oppose l'identique au différent, un de ces *themata* archaïques que l'on retrouve dans toute pensée scientifique ancienne comme moderne, et dans

⁷ Comme le note D. LOCHAK, « ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques » in « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 44.

⁸ *Livre de la Genèse*, 2 : 21 à 2 : 24.

⁹ Toutefois, certains récits sont bien moins hétérosexistes que celui de l'Ancien Testament. En effet, dans *Le banquet*, Platon fait dire à Aristophane que « c'est depuis un temps aussi lointain qu'est implanté dans l'homme, l'amour qu'il a pour son semblable : l'amour rassembleur de notre primitive nature, l'amour qui, de deux êtres, tente d'en faire un seul, autrement dit de guérir l'humaine nature. Chacun de nous est donc la moitié complémentaire d'un autre. Si Zeus a coupé un homme, cela fait des hommes qui ne s'intéressent qu'aux hommes. S'il a coupé une femme, cela fait des femmes qui ne font pas très attention aux hommes. S'il a coupé un androgyne, la partie homme est amoureuse des femmes et cela fait les maris qui trompent leur femme, la partie femme est amoureuse des hommes et cela fait les femmes qui trompent leur mari ».

tous les systèmes de représentation.»¹⁰ Cette forme de transcendance anthropologique, pour reprendre l'expression d'Éric Fassin, vient conforter la pensée biblique : « de même que la religion pouvait jadis se placer au-delà du politique, de même aujourd'hui, dans une société démocratique et laïque, certains voudraient poser l'anthropologie en deçà du politique. La différence de sexes aurait ainsi un fondement non pas suprapolitique, mais infrapolitique – non pas théologique mais anthropologique.»¹¹

Dès l'origine donc, l'assignation sexuée des individus n'a pas seulement une finalité réflexive, c'est-à-dire celle relative à l'individu vis-à-vis de lui-même, mais aussi une finalité relative vis-à-vis d'autrui. La différence de sexe fait référence aussi bien à la relation de subordination entre les genres qu'au rapport de complémentarité qu'ils sont supposés entretenir entre eux. Il s'agit à la fois d'une manière de se définir et de désigner l'altérité pour mieux décrire la nécessaire complémentarité (subordination ou suprématie) sexuelle. Philippe Malaurie l'explique dans ces termes : « Dès le commencement de la Genèse, il est dit que Dieu les créa homme et femme. Ainsi, dans son origine même – pour les croyants, dans sa divine origine –, l'être humain a été créé pour faire corps avec un autre : pour se donner.»¹²

Le sexe indique, dans le même temps, la nature biologique des êtres sexués (mâle et femelle) et les rapports familiaux et sociaux qu'entretiennent les genres masculin et féminin entre eux. Cette vision relationnelle du sexe suppose une idéologie qui est non seulement celle de la subordination des femmes, mais aussi et surtout celle de la nécessaire complémentarité entre les sexualités, autrement dit, l'hétérosexualité obligatoire, pour reprendre l'expression d'Adrienne Rich¹³. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les principaux représentants de la doctrine des juristes qui considèrent le sexe comme « l'image juridique de la personne »¹⁴, le « partage primordial »¹⁵ de l'humanité et la preuve de la coexistence de « deux états premiers »¹⁶ soient très souvent les mêmes qui se sont ardemment opposés à la reconnaissance des unions de même sexe¹⁷.

¹⁰ F. HÉRITIER, *Masculin/féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996.

¹¹ É. FASSIN, « La voix de l'expertise et les silences de la science dans le débat démocratique », in D. BORRILLO et É. FASSIN, *Au-delà du Pacs – L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, 2^e éd., 2001, p. 97.

¹² Ph. MALAURIE, « Couple, procréation et parenté », in C. BRUNETTI-PONS, *Notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1999, pp. 18-19.

¹³ A. RICH, « Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence », in *Sigms : Journal of Women in Culture and Society*, vol. 5, 1980.

¹⁴ H. LÉON et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 2, *Les personnes*, F. LAROCHE-GISSEROT (éd.), Montchrestien, 8^e éd., 1996, n° 461.

¹⁵ J. CARBONIER, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, PUF, 21^e éd., 2000.

¹⁶ C. BRUNETTI-PONS, « La distinction de l'homme et de la femme - Approche pluridisciplinaires », rapport introductif, *R.R.J.*, 2004, p. 589, n° 2.

¹⁷ D. BORRILLO, « Fantômes des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du Pacs – L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, sous la direction de D. BORRILLO, É. FASSIN et M. IACUB, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1999.

Le sexe fait donc référence à la fois à un statut et à une fonction. L'appartenance aux classes mâle ou femelle constitue le sexe-statut ou le sexe identité. Les comportements sociaux censés correspondre à l'un ou l'autre sexe (masculin/féminin) ainsi que la hiérarchie des sexualités (hétérosexualité/homosexualité) désignent le sexe fonction¹⁸.

La différenciation du sexe statut et du sexe fonction est purement analytique. Elle permet toutefois de mieux comprendre la complexité et la dimension polyfonctionnelle de la catégorie ainsi que son caractère éminemment politique.

Section 1

Le genre identité

Les individus qui entrent à leur naissance dans les catégories sexuées ne peuvent échapper à leurs groupes ou se désister de leurs alignements que très difficilement (avec l'autorisation du médecin et du juge, toujours dans le cadre d'une procédure administrative) du fait de la permanence du signe biologique de la différence de sexe. En effet, le sexe apparaît comme le cas le plus strict d'assignation identitaire. Il s'agit d'une partition irrémédiable de l'humanité, car fixée de manière définitive. La possibilité d'un genre neutre avait été évoquée à la fin du XIX^e siècle par le fondateur de la médecine légale, Alexandre Lacassagne, qui « demande une réforme de l'article 57 du Code civil pour imposer un examen médical à la puberté qui statuera le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »¹⁹.

Si la loi ne définit pas le sexe, une vieille jurisprudence de la Cour de cassation relative au mariage donne comme critère définitoire l'apparence extérieure des organes génitaux²⁰. R. Nerson a raison d'affirmer que « la législation française n'a pas précisé la définition du sexe, et c'est dans la jurisprudence relative au mariage que nous pouvons retenir la définition retenue par le droit positif français »²¹.

Dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : « l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés [...] ».

¹⁸ R.J. COOK et S. CUSACK, *Gender Stereotyping : Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009.

¹⁹ A. LACASSAGNE, *Les actes de l'état civil*, Paris, A. Storck, 1887, p. 91.

²⁰ Cass. fr., ch. civ., 6 avril 1903, *D.P.*, 1904, 1, p. 395, concl. BAUDOUIN. Cette théorie du sexe apparent a été confirmée par la Cour de cassation à la suite de la condamnation par la Cour eur D.H. En effet, dans son arrêt du 11 décembre 1992, la haute juridiction statue : « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome de transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ».

²¹ R. NERSON, *R.T.D.C.*, 1966, p. 74, n° 5.

Suivant le principe établi par la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine : l'appartenance à l'un ou l'autre sexe²² ; la reconnaissance de cet état par la société (état civil) ; l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui ou celle qui le porte. Selon la Cour d'appel de Paris, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »²³. L'article 55 du Code civil énonce dans son premier alinéa que « les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu ». Autrefois, c'était l'officier d'état civil lui-même qui constatait *de visu* le sexe de l'enfant qui lui était présenté²⁴.

L'Instruction générale relative à l'état civil précise de surcroît que « lorsque le sexe du nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication "sexe indéterminé" et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur. »²⁵ Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a fait suite à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à l'origine s'était révélé erroné²⁶.

Il faut rappeler que si les parents se refusent à déclarer le sexe de l'enfant, leur responsabilité pénale pourra être engagée²⁷.

Appelée autrefois hermaphrodisme (fils d'Hermès et d'Aphrodite)²⁸, cette réalité est connue scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme²⁹. Cas de force majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude

²² Dans l'absence de définition légale, il faut se référer à la jurisprudence. Le T.G.I. de Nanterre, dans une décision du 21 avril 1983, note qu'« en l'état actuel de la science, le sexe est défini à l'aide de plusieurs éléments : caryotype, physiologie, apparence, sexe cérébral, comportement. Il faut tenir compte de chacun de ces éléments pour rattacher une personne à l'un de deux sexes ».

²³ Paris, 18 janvier 1974, D., 1974, p. 196, conclusions GRANJON.

²⁴ Voy. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 457.

²⁵ « Instruction générale relative à l'état civil », article 288.

²⁶ Versailles, 22 juin 2000, J.C.P., 2001, II, 10595, note GUEZ.

²⁷ En effet, l'article R.645-4 sanctionne d'une contravention de cinquième classe toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, ne fait pas la déclaration de naissance prévue à l'article 55 du Code civil.

²⁸ Le mythe d'Hermaphrodite raconté par Ovide dans le livre IV des *Métamorphoses* est la première explication de ces individus qui semblent « n'avoir aucun sexe ou les avoir tous deux ».

²⁹ Sur l'évolution de la terminologie, voy. J. PICQUART, *Ni homme, ni femme – Enquête sur l'intersexualité*, Paris, La Musardine, 2009, pp. 109 et s.

initiale ; l'article 288 de l'Instruction générale relative à l'État civil est complété comme suit :

« Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire. Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon. »

En dehors des cas d'intersexualité, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles. En effet, pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels³⁰ et si l'opération de réassignation sexuelle était tolérée, la modification de sexe dans les documents d'identité leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public en vertu duquel seule l'administration a qualité pour fixer et authentifier l'état civil de l'individu sujet de droit³¹.

L'intersexualité et le transsexualisme mettent en évidence la complexité du sexe : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social sont différentes faces d'une même réalité. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre. Souvent, elles souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie³² et changer d'état civil. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit de la vie privée, provoquant un revirement de la jurisprudence française³³. Dans l'arrêt *Goodwin*, la Cour européenne considère que le droit au

³⁰ Contrairement aux intersexués, chez les transsexuels il n'existe aucune ambiguïté physique, il s'agit donc d'une question purement psychosociale.

³¹ Comme le note V. CALAIS, « Cette conception française de l'état des personnes, marquée de l'héritage catholique et de la prépondérance politique et culturelle de l'État, se distingue d'autres traditions, celle de droit britannique, par exemple. En Grande-Bretagne, les registres d'état civil sont des documents historiques, qui font trace des événements fondamentaux de la vie du sujet, sans revêtir le caractère d'un discours déterminant de l'identité individuelle. Les changements de prénom et de nom, par exemple, strictement réglementés en France, sont beaucoup plus aisés en Grande-Bretagne », in « Choisir son sexe, un droit de l'homme ? », *La revue lacanienne*, 4/2007, n° 4, pp. 133-140.

³² Les premières opérations de changement de sexe eurent lieu durant le I^{er} et le II^e siècle av. J.-C. (G. ANDROUTSOS, M. PAPADOPOULOS et S. GEROLANOS, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'Antiquité », *Andrologie*, 2001, 11, n° 2, 89-93).

³³ Cass. fr., ass. plén., 11 décembre 1992, deux arrêts : *J.C.P.*, éd. G., 1993, II, 21991, concl. Jeot. et obs. G. MEMETEAU, *R.T.D. civ.*, 1993, p. 92, obs. J. HAUSER.

développement personnel doit désormais primer et observe que le refus d'autoriser les transsexuels à changer de sexe n'est pas proportionné et qu'il constitue une violation de leur vie privée. De même, « La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que les termes de l'article 12 de la convention (droit au mariage) impliquent que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. »³⁴ La Cour considère qu'il appartient à l'État de déterminer les conditions et formalités concernant le mariage des transsexuels, mais qu'elle « ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier ».

En France, depuis la circulaire du 14 mai 2010, il n'est plus nécessaire d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle (c'est-à-dire d'ablation des organes génitaux), les traitements médico-chirurgicaux ayant entraîné des changements irréversibles pouvant être suffisants pour justifier la demande de changement de sexe. Dans l'absence de cette modification physique et physiologique, fruit d'au moins une hormonothérapie ayant entraîné une stérilité, l'individu ne peut pas demander une rectification de son état civil. Autrement dit, pas de salut pour ceux et celles qui souhaitent un changement de genre social sans se soumettre au dispositif clinique³⁵. Comme l'a bien démontré Elsa Dorlin, ce ne sont pas les féministes, mais l'appareil médico-psychiatrique qui a inventé le genre pour s'emparer des questions comme l'hermaphrodisme et le transsexualisme³⁶. L'État, par la suite, se réfugie derrière l'autorité médicale pour régler les conflits d'appartenance à l'une ou l'autre des catégories sexuelles.

Section 2

Le genre fonction

Le sexe apparaît non seulement comme un statut (attribut de la personnalité), mais aussi comme une fonction qui renvoie aux rôles sociaux attendus de l'un et l'autre sexe. Le genre fonction est l'aspect dynamique du genre identification. Pendant longtemps, le sexe fonction organisait juridiquement la subordination des femmes. Ainsi, du droit constitutionnel au droit civil, du droit du travail au droit de la famille, les lois excluaient les femmes des droits fondamentaux tels le droit de vote, le droit de disposer de son patrimoine, de l'égalité au sein de la famille... Les théories féministes du droit³⁷ ont mis en exergue

³⁴ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, grande chambre, 11 juillet 2002.

³⁵ En conformité avec la résolution n° 1728 du Conseil de l'Europe relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la députée Michèle Delaunay a présenté le 22 décembre 2011 une proposition de loi n° 4127 visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil.

³⁶ E. DORLIN, *Sexe, genre et sexualités - Introduction à la théorie féministe*, Paris, PUF, coll. Philosophies, 2008.

³⁷ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *R.T.D.C.*, 2001/1, pp. 1-40.

le caractère politique et la dimension arbitraire de la supposée naturalité de la différence sexuelle qui a servi à hiérarchiser les sujets de droit et à discriminer « légalement » les femmes.

§ 1. Le *gender-blind* du droit européen

Certains vestiges de la conception paternaliste du droit ont fini par tomber grâce au droit européen, qui devient progressivement indifférent au genre. En effet, la Cour de Luxembourg a refusé certains bénéfices réservés aux femmes d'une manière générale sans justification spécifique. C'était le cas de la loi Roudy du 13 juillet 1983 qui octroyait notamment une extension du congé de maternité et une réduction du temps de travail aux femmes, alors même que ces bénéfices pouvaient concerner des fonctions paternelles et n'avaient pas à être réservés aux mères³⁸. En effet, l'association de la féminité à la maternité ne fait que renfoncer un stéréotype de genre. C'est la qualité de parent et non pas la catégorie femme qui justifie certains aménagements. Une approche relationnelle du genre permet, comme le propose M. Minow³⁹, de traiter la grossesse comme une question qui concerne non pas seulement les femmes enceintes, mais tous les individus, car, en attendant l'utérus artificiel, c'est, pour l'instant, le seul mode de reproduction de l'espèce humaine⁴⁰.

L'interdiction du travail de nuit pour les femmes a également été questionnée par le juge européen et a abouti à la dérogation du chapitre III de la loi du 9 mai 2001. Suivant cette même logique d'indifférence au genre, la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique élargit le bénéfice pour accéder aux emplois publics (limite d'âge, condition de diplôme imposée aux autres candidats...) également aux hommes pères de trois enfants. De même, la Cour de justice de l'Union européenne considère discriminatoires les opérations des assureurs qui tiennent compte du sexe pour le calcul des primes et prestations de l'assurance automobile : le genre ne sera plus (à partir du 21 décembre 2012) un critère de détermination du tarif de ce type d'assurance.

§ 2. La fonction hétérosexuelle du genre

La prise en compte du sexe par le droit a servi pendant longtemps pour justifier l'exclusion et l'infériorisation des femmes. De nos jours, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe n'apparaît plus comme un élément formel, déterminant la jouissance des droits. Pourquoi alors continuer à faire du genre un élément de l'état civil ?

³⁸ C.J.C.E., 25 octobre 1988.

³⁹ M. MINOW, *Making All the Difference*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.

⁴⁰ H. ATLAN, *L'utérus artificiel*, Paris, Le Seuil, 2005.

La seule raison d'une telle persistance semble, d'après l'analyse de la jurisprudence française depuis 1903, celle relative à l'institution matrimoniale, considérée par les juges comme nécessairement hétérosexuelle.

Mais, au-delà des interprétations de la jurisprudence, force est de constater que les principales conventions relatives aux droits de l'homme sont rédigées d'une manière neutre vis-à-vis du genre. Les chapitres commencent de la manière suivante : « toute personne a le droit... », « tout individu a le droit... », « chacun a le droit... », ou encore « nul ne peut être... », mais, lorsqu'il est question du droit fondamental au mariage, les créanciers dudit droit deviennent des sujets sexués : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille... »⁴¹. Toutefois, conscients de cette situation, les rédacteurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'ont pas défini le mariage, mais se sont limités à proclamer que « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (article 9).

Le genre comme catégorie identificatoire de l'état civil sert à définir le mariage comme une institution hétérosexuelle et, par conséquent, à empêcher le mariage entre personnes de même sexe. Ainsi, le Tribunal correctionnel de Brest, dans une décision du 15 décembre 2011, a refusé de changer l'état civil de Chloé, née Wilfrid, après une opération de reconversion sexuelle au motif que « modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater mais à créer une situation de mariage entre personnes de même sexe ».

Aussi, ces exemples mettent en exergue le fait que le sexe fonction (sur un plan juridique) n'est pas seulement un instrument de la domination des femmes (même si sur le plan sociologique les discriminations demeurent), mais une catégorie qui produit également l'exclusion des homosexuel(les) : pas de droit au mariage pour les couples de même sexe, pas de succession *ab intestat*, pas de pension de réversion, pas de filiation adoptive ou par procréation artificielle...

Afin de restituer sa pleine capacité protectrice, la catégorie sexe, prise dans sa dimension relationnelle, devrait faire référence non seulement aux « rapports sociaux de sexe », mais aussi aux « rapports sociaux de sexualités ». La dimension protectrice de la catégorie trouverait ainsi toute sa souplesse sociologique et tout son sens juridique.

⁴¹ Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Section 3

Le genre protection

L'analyse du droit positif révèle que le fait d'appartenir à un sexe plutôt qu'à un autre emporte de moins en moins l'application d'un statut spécifique. En effet, la plupart des règles qui accordaient à la femme un statut juridique inférieur à celui de l'homme ont disparu au cours du XX^e siècle et ceci grâce aux politiques antidiscriminatoires et de promotion de l'égalité qui ont fait du « sexe » une catégorie non plus de domination, mais d'émancipation. Contrairement au genre identification, le genre protection est une catégorie provisoire qui répond à une nécessité ponctuelle : l'égalité matérielle. Il s'agit d'une mesure correctrice qui, une fois l'objectif atteint n'a aucune raison de perdurer.

§ 1. Le genre comme catégorie antidiscriminatoire

L'égalité des sexes est consacrée au niveau constitutionnel depuis le préambule de la Constitution de 1946. Elle figure également parmi les missions fondamentales de la Communauté européenne (article 2 du traité CE). La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrent l'égalité des sexes et combattent les discriminations fondées sur le genre. En droit civil, aucune disposition ne fait de la femme un être inférieur soumis à la puissance du mari, et en matière d'autorité parentale, le principe est celui de l'exercice commun par le père et la mère. En droit du travail est affirmé le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. Cette égalité se manifeste notamment à propos de l'accès à certaines professions qui étaient auparavant interdites aux femmes et à propos de l'égalité des rémunérations. Les principes d'égalité des sexes et de non-discrimination constituent la règle, au point d'avoir entraîné en 2001 la disparition de l'interdiction du travail de nuit des femmes ou, plus récemment, la réduction des primes d'assurances automobiles, comme nous l'avons déjà souligné.

Sous l'angle du droit conventionnel des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le terme « sexe » de l'article 14 de la Convention (non-discrimination) devait être interprété comme incluant l'orientation sexuelle. En effet, elle a énoncé dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 que l'orientation sexuelle est une notion « couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention ». De même, la Cour suprême d'Hawaii, en 1993, avait retenu que l'impossibilité du mariage entre personnes de même sexe constituait une discrimination fondée sur le sexe du demandeur : les juges ont en effet considéré que c'est parce que le demandeur est un homme que le droit de se marier avec un homme lui est refusé, alors qu'une femme aurait pu se marier avec cet homme⁴².

⁴² *Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d 44, pp. 60-63 (Supreme Court of Hawaii, 1993).

Si, pour certaines juridictions, la catégorie sexe peut comprendre la sexualité, les juges du droit communautaire ont fait une interprétation différente. Ainsi, le 30 avril 1996, une femme transsexuelle réussit à convaincre la Cour de Luxembourg que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe⁴³. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels⁴⁴, on aurait pu imaginer qu'une telle protection pouvait être élargie aux *gays* et lesbiennes. Ce fut l'argument développé par l'avocat de Lisa Grant, une femme lesbienne qui décida de saisir la Cour de justice de Communautés européennes (C.J.C.E.), invoquant l'article 119 du traité de Rome sur l'égalité de traitement des sexes. L'avocat général de la Cour, suivant les arguments de l'avocat de la demanderesse, a considéré que la notion de discrimination fondée sur le sexe pouvait également comprendre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, en comparant la situation de Lisa Grant à celle d'un homme hétérosexuel, l'avocat général conclut que c'est le sexe de Mme Grant qui est à l'origine de la discrimination et non pas le fait qu'elle soit lesbienne. Effectivement, si la requérante avait été un homme et non pas une femme, elle aurait pu bénéficier des avantages découlant de sa vie de couple avec une femme. Il s'agirait bien donc d'une discrimination fondée sur le sexe entrant dans le domaine de compétence de la Cour. Bien que la C.J.C.E. suive généralement l'opinion de son avocat, dans l'affaire *Grant*, les juges luxembourgeois se sont démarqués en statuant qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur le sexe, mais sur l'orientation sexuelle, écartant ainsi leur juridiction. Cette interprétation de la C.J.C.E. a révélé la nécessité d'instruments spécifiques de protection contre les discriminations envers les *gays* et les lesbiennes. C'est la voie empruntée par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997, lorsqu'il introduisit la catégorie « orientation sexuelle » dans un nouvel article du traité. C'est donc à cause d'une vision du sexe limitée à sa dimension de statut, et non pas de fonction, que la Cour de Luxembourg a mené le législateur européen à créer la catégorie « orientation sexuelle »⁴⁵.

§ 2. Le genre comme catégorie promouvant la diversité

Le sexe est non seulement une catégorie antidiscriminatoire, mais aussi une catégorie de promotion de la diversité. En effet, à la fin des années 1990, pour la première fois en France, les lois sur la parité ont marqué l'émergence d'une politique publique volontariste en faveur des femmes dans la représentation

⁴³ *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 avril 1996, C 117/01.

⁴⁴ Aussi bien au niveau européen qu'au niveau national : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002) et de la Cour de justice des Communautés européennes (*P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 avril 1996, C 117/01) et la HALDE a également considéré que la discrimination envers les personnes transsexuelles constitue une discrimination fondée sur le sexe (voy. notamment les décisions n^{os} 2008-28 et 2008-29 du 18 février 2008).

⁴⁵ Voy. D. BORRILLO et Th. FORMOND, *Homosexualité et discrimination en droit privé*, Paris, La Documentation française, coll. Études et recherches, 2007.

politique. La loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 a ajouté à l'article 3 de la Constitution un alinéa disposant que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». Un an plus tard, la loi électorale du 6 juin 2000 a fixé les modalités pratiques censées « favoriser » cet égal accès des femmes et des hommes dans le champ de la représentation politique. En tant qu'instrument favorisant l'égalité matérielle, la parité tend à corriger une situation politique historiquement défavorable aux femmes.

Sans nous prononcer sur les bienfaits d'une telle politique, il est permis de se poser la question de savoir si, suivant la logique correctrice qu'elle comporte, la parité ne devrait-elle pas également bénéficier aux homosexuels ? En effet, comme les femmes, les *gays* sont très nettement sous-représentés dans les assemblées électives au niveau local et national. Par ailleurs, les lesbiennes pouvant invoquer la parité, cette situation crée une inégalité entre les hommes homosexuels et les femmes homosexuelles.

Chapitre II

Le genre identité : une barrière pour l'égalité des personnes

Dans sa dimension identitaire et fonctionnelle, la catégorie sexe constitue une barrière pour l'égalité des personnes. Comme critérium d'État tendant à l'identification officielle des individus, le genre juridique alimente l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or la sociologie met en exergue le fait que la distinction entre les hommes et les femmes provient plutôt des constructions idéologiques et sociales que de caractéristiques invariables et naturelles. C'est dans les rapports historiques de dominations que se sont forgés les caractères féminin et masculin, de telle sorte que le sexe est le résultat de cette histoire, et non pas dans l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle/femelle. Les intersexuels sont les premières victimes de cette logique binaire des genres. N'ayant pas un sexe clairement défini, ces personnes sont assignées d'office et prématurément à l'une ou l'autre des catégories.

Concernant les transsexuels, malgré le rapport du commissaire aux droits de l'homme¹⁶ et la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invitant les États membres à garantir dans la législation et la pratique les droits des personnes transgenres « à des documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou

¹⁶ Le 31 juillet 2009 dans son rapport thématique intitulé « Droits de l'homme et identité de genre », il recommandait « de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux ».

d'autres procédures médicales, comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale⁴⁷, l'administration continue à demander une stérilisation comme préalable à la modification des actes de l'état civil. L'apparente démedicalisation du transsexualisme effectuée en France l'année dernière⁴⁸ n'est autre chose qu'une simple modification bureaucratique de l'affectation financière par la sécurité sociale. Le transsexualisme continue à être considéré comme une maladie relevant de la psychiatrie, c'est pourquoi seul le psychiatre peut décider institutionnellement qui est ou n'est pas « atteint » du syndrome de transsexualisme.

Dans une proposition de loi déposée le 22 décembre 2011, la députée socialiste Michèle Delaunay propose une révision complète de la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil, entièrement affranchie d'une quelconque obligation de parcours médical⁴⁹.

Chapitre III

Le genre fonction : une barrière pour l'égalité des familles

Dans sa dimension identitaire et fonctionnelle, le genre constitue une barrière pour l'égalité des familles. En effet, le modèle de la famille conjugale organisée autour de la complémentarité des rôles masculins et féminins, la subordination des femmes et des enfants et la suprématie du *pater familias* a, pendant longtemps, empêché la reconnaissance d'autres formes de vie familiale.

⁴⁷ Résolution 1728 (2010) : « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre », Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 29 avril 2010, article 16.11.2.

⁴⁸ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du Code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée, « affections psychiatriques de longue durée ».

⁴⁹ Il s'agit d'introduire un seul article après l'article 99-1 du Code civil, rédigé comme suit :
« Art. 99-2. La requête en rectification de la mention du sexe est présentée par l'intéressé au président du tribunal de grande instance en présence d'au moins trois témoins capables, sans lien ni d'ascendance ni de descendance avec l'intéressé. Ils témoignent de la bonne foi du fondement de la requête. L'abus manifeste du requérant fonde l'intervention du ministère public.

Le tribunal ordonne, sauf abus manifeste, la rectification de la mention du sexe.

La rectification est définitive, sous réserve de la non-introduction d'une nouvelle requête de l'intéressé au titre de l'alinéa premier du présent article.

Sans préjudice des dispositions de l'article 101, les actes reposant sur l'acte d'état civil doivent, à peine de l'amende édictée à l'article 50, intégrer la rectification ordonnée à la date de la rectification.

La rectification de la mention du sexe confère les droits et obligations du nouveau sexe à l'intéressé sans préjudice des obligations contractées sous l'empire de l'ancien à l'égard des tiers et sous réserve des droits liés au sexe antérieur.

Le mariage préexistant doit être dissous au jour de l'introduction de la requête en rectification.

La filiation établie avant la rectification ne subit aucune modification. Après la rectification, la filiation peut être établie à l'égard de l'intéressé conformément aux dispositions du titre septième du présent Code ».

Les féministes matérialistes ont pointé l'exploitation économique des femmes que ledit modèle comporte. Pendant longtemps, la naturalisation des genres au sein de la famille justifiait la subordination de la femme mariée à son époux, tout comme le monopole de l'institution matrimoniale concernant la filiation légitime. Si le genre identification ne constitue plus une barrière pour l'accès aux droits familiaux (les transsexuels jouissent du droit au mariage⁵⁰ et les femmes sont formellement égales aux hommes), en revanche, le genre comme élément renvoyant à la nécessaire différence des sexes, *conditio sine qua non* du droit au mariage et à la filiation, demeure le principal obstacle à l'égalité formelle des *gays* et lesbiennes⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme estime qu'il n'y a pas un droit fondamental au mariage pour les couples de même sexe⁵², le Conseil constitutionnel considère que l'interdiction du mariage homosexuel n'est pas contraire à la Constitution⁵³ et la Cour de cassation rappelle qu'en l'état de la loi française actuelle, le mariage n'est possible qu'entre un homme et une femme⁵⁴. Toutefois, aucune explication n'est avancée par les juges pour justifier la différence de sexes comme *conditio sine qua non* du droit au mariage. Pour trouver une réponse, il faut regarder ailleurs. Selon la sociologue I. Théry, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la « différenciation symbolique » des genres féminin et masculin disparaîtrait⁵⁵. En effet, en plus d'être une relation sexuelle, le couple serait « un lien sexué, au sens où il s'inscrit dans cet ordre symbolique de la différence des sexes qu'on nomme la différence des genres » ; or, en cessant de discriminer en droit les couples – c'est à dire de les hiérarchiser – au regard de leur orientation sexuelle, on « artificialise le genre, en désarrimant [...] le masculin et le féminin construits par la culture, des sexes – mâle et femelle – qui en sont le socle vivant ». À terme, l'auteur redoute que cette désymbolisation engage notre société « de façon radicale sur la pente du réductionnisme biologique ». Car selon elle, « une certaine normalisation de l'homosexualité participe de la fragilisation des modalités traditionnelles d'institution de la différence des genres dans la culture occidentale »⁵⁶, ce qui justifierait dès lors le maintien d'une hiérarchie des

⁵⁰ Cour eur. D.H., 11 juillet 2002, n° 28957/95, *Goodwin c. Royaume-Uni*.

⁵¹ La révision des lois de bioéthique de 2011 ainsi que les décisions de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel le démontrent sans ambiguïtés.

⁵² Cour eur. D.H., 24 juin 2010, n° 30141/04, *Shalk et Kopf c. Autriche*.

⁵³ Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92-QPC, D., 2011. 297, édito F. ROME.

⁵⁴ Cass., 1^{er} ch. civ., 13 mars 2007.

⁵⁵ I. THERY, « Le contrat d'union sociale en question », notes de la fondation Saint-Simon, octobre 1997 (article publié simultanément dans la revue *Esprit*, octobre 1997). Cet argumentaire a été plus largement diffusé par le biais d'un entretien accordé au journal *Le Monde* (25 novembre 1997, p. 16). L'argument vaut aussi bien pour l'hypothèse du mariage, que pour celle d'un partenariat indifféremment accessible aux couples homo ou hétérosexuels (à l'époque, le contrat d'union sociale – C.U.S.). Relayant explicitement cet argument : C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil » ; voy. également l'entretien de C. LABRUSSE-RIOU et I. THERY, « Pacs, les pièges d'un nouveau jeu de loi », in *Le Monde de l'éducation*, dossier « Famille, le grand chambardement », novembre 1998, n° 264, pp. 43-45.

⁵⁶ I. THERY, *op. cit.*, pp. 24-25.

sexualités, symbolisée notamment par l'impossibilité d'accès des couples de même sexe au mariage civil. I. Théry justifie également le maintien de la discrimination par « l'enjeu de la filiation ». Selon cette sociologue, « le mariage n'est pas l'institution du couple, mais l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations » ; par ces biais, « le droit dessine l'ordre généalogique qui inscrit chaque être humain dans sa double lignée paternelle et maternelle ». Or, « là, poursuit-elle, s'enracine la différence du masculin et du féminin, qui n'est pas naturelle [...], mais culturelle ». Voici comment l'argument culturel rejoint la thèse naturaliste de la différence des sexes comme une donnée invariable cristallisée dans la norme juridique⁵⁷.

Chapitre IV

Se débarrasser du dispositif genre identité tout en préservant le genre protection

Le problème que pose le sexe comme catégorie juridique est bien celui de l'essentialisation de types biologiques pour une classification cherchant à légitimer son agencement ou sa hiérarchie en s'appuyant sur des distinctions inscrites dans la nature des choses et des êtres.

L'indication d'autres catégories, telles la race ou la religion, non seulement sont interdites dans les actes de l'état civil français, mais aussi lorsqu'un étranger provenant d'un pays où ce type d'information est admise, les autorités françaises ne doivent pas en tenir compte : « Le contenu des actes de l'état civil étant déterminé par la loi du lieu où ils sont établis, l'officier de l'état civil français ne peut introduire dans les actes de l'état civil des étrangers en France des énonciations prévues par la loi nationale des intéressés mais non par la loi française (exemple : nationalité, religion, race...) »⁵⁸.

Comme pour la race, l'empreinte organique du sexe consigne la différence dans les corps et dans les psychès des individus qui ne peuvent pas échapper à ce destin biologique et culturel. L'utilisation de la catégorie « sexe » dans les registres de l'état civil présuppose une réalité biologique première, ce qui implique de reconnaître cet enfermement des individus et de cautionner une pérennisation des identités obligatoires.

En tant que catégorie explicite, le sexe comme élément identificatoire des personnes entretient l'illusion de la naturalité de la différence entre les hommes et les femmes, et surtout de sa nécessaire complémentarité. L'histoire naturelle des sexes n'est autre chose que la justification de l'hétérosexualité comme

⁵⁷ Pour une critique sur les effets conservateurs de l'ordre symbolique, voy. D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 51.

⁵⁸ « Instruction générale relative à l'état civil », titre III, « Règles particulières aux divers actes de l'état civil », chapitre III, « État civil des étrangers en France », article 529, alinéa 2.

identité dans une perspective d'une identification avec les valeurs métaphysiques qui fondent la famille et la filiation (rappelons-nous les cris d'alerte des anthropologues, psychanalystes et autres experts, annonçant la fin de la civilisation si jamais le Pacs était adopté)⁵⁹.

Cependant, comme nous l'avons souligné auparavant, la catégorie sexe ne produit pas les mêmes effets lorsqu'elle est utilisée à des fins identificatoires qu'à des fins protectrices. L'inscription de l'appartenance sexuée dans le droit comme élément d'identification entraîne une inéluctabilité des caractéristiques liées au genre. L'individu ne saurait dès lors échapper à la catégorie fatale à laquelle l'assigne son apparence physiologique. Cette utilisation de la catégorie joue d'abord sur la perception et la représentation de la différence, le sexe biologique (et *a fortiori* l'hétérosexualité) se manifestant sous le signe de l'évidence. Ensuite, elle installe un mode particulier de fonctionnement social, dans la mesure où la différence de sexe renvoie historiquement à la subordination de la femme et aujourd'hui à l'hétérosexualité obligatoire (au moins au niveau du couple et de la filiation). La différence de sexes est bien une réalité symbolique fondée sur la croyance de la suprématie culturelle de l'hétérosexualité. Il faudrait donc, conformément à la tradition républicaine française, bannir le « sexe » (comme catégorie d'identification) de tous les documents d'identité, à commencer par l'acte de naissance et le numéro de la sécurité sociale.

En revanche, le sexisme et l'hétérosexisme doivent continuer à être combattus par la loi. Autrement dit, les catégories « sexe » et « orientation sexuelle » se trouvent justifiées, en tant que mesures provisoires, lorsqu'elles ont comme finalité non pas d'enfermer les individus dans des catégories identitaires, mais de leur permettre justement de s'en émanciper.

Comme pour les statistiques ethniques et les politiques d'affirmation de l'égalité et de la diversité, on pourrait appliquer au sexe la méthode de l'auto-identification. Elle consiste à classer les individus selon leur sentiment d'appartenance à un groupe. Pour ce faire, il est permis soit de fournir une liste de modalités préétablie (homme, femme, sexe neutre...) que les répondants sont invités à sélectionner, soit à laisser ouverte la réponse, ce qui suppose que le libellé de la question utilise des termes non équivoques pour les enquêtés.

Voici le paradoxe auquel on n'échappe pas sous peine de faire disparaître le point d'appui du changement social : refuser la catégorie genre au niveau identificatoire pour mieux la revendiquer sur le plan antidiscriminatoire. Le paradoxe est toutefois fortement atténué lorsque l'on est conscient que la catégorie protectrice n'est jamais définitive et qu'elle répond à une nécessité ponctuelle orientée par la volonté de corriger une inégalité matérielle.

⁵⁹ D. BORRILLO et P. LASCOUMES, *Amours égales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, coll. Sur le vif, 2002.

Conclusion

L'assignation des individus à un genre est le résultat d'une grille de lecture de la société durablement fragmentée par le poids identitaire du sexe. Le genre apparaît comme le premier des communautarismes, et le plus sournois, car présenté comme universel et naturel. C'est précisément cette idéologie (énonciation répétitive d'un état de fait non interrogé et formulé de surcroît comme état de droit) qui a rangé la neutralité et l'objectivité du côté masculin. Le véritable universalisme ne peut donc se fonder que sur un sujet de droit neutre vis-à-vis du genre.

Alors qu'en matière d'emploi ou dans l'accès de biens et de services, la cécité de genre peut entraîner des discriminations, en matière de droits des personnes et du droit de la famille c'est justement l'imputation au genre qui produit la discrimination. S'il semble donc pertinent de mettre fin à l'assignation identitaire du sexe comme catégorie d'État, c'est-à-dire cristallisant un statut permanent dans les actes de l'état civil, en revanche, lorsque le sexe devient catégorie de protection contre les discriminations et mesure correctrice favorisant la diversité des groupes minorisés (femmes, homosexuels, transsexuels, intersexuels...), la catégorie doit perdurer. Toutefois, l'État n'a nullement besoin d'inscrire les individus dans une identité cristallisée dans les actes de l'état civil pour les protéger. Lutter contre les discriminations n'implique nullement de renoncer au principe de cécité au sexe et au genre. La race, la religion, la classe sociale, la profession et l'état de santé ne sont pas inscrits dans les documents d'identité, cela n'a jamais empêché pour autant la mise en place des politiques de lutte contre le racisme et l'antisémitisme, l'assistance sociale pour les personnes précaires, ou tout simplement la sécurité sociale universelle.

La fin de l'inscription du genre dans les actes de l'état civil permettra à la fois d'interroger la naturalité du classement sexué et mettra fin aux discriminations envers les intersexués, les *gays*, les lesbiennes et les transgenres. Dissoudre la sexuation juridique permettra d'affaiblir les stéréotypes sociaux liés à la féminité et à la masculinité. Aussi, lutter contre le sexisme et l'homophobie sans pour autant assigner obligatoirement les individus à un genre permettrait de mettre en place un politique antidiscriminatoire où la question de la sexuation ne renvoie plus nécessairement aux femmes. La cécité de genre en droit permettrait ainsi l'accomplissement du genre humain universel, c'est-à-dire au-delà de la condition sexuée des individus.