



HAL
open science

Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?. Alexander Schuster. Equality and Justice. Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century, Forum, 2011, 978-88-8420-702-9. hal-01243071

HAL Id: hal-01243071

<https://hal.science/hal-01243071>

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.

EST-IL JUSTE DE DIVISER LE GENRE HUMAIN EN DEUX SEXES ?

Daniel Borrillo

Résumé

Les individus sont juridiquement classés en deux sexes de leur naissance. Cette assignation semble si naturelle qu'il résulte pratiquement impossible de la questionner. Alors que ni la race, ni la classe ou encore moins la religion ne figurent plus dans les actes de l'état civil, l'appartenance aux catégories masculines ou féminines non seulement s'imposent à nous mais déterminent, de surcroît, droits et obligations spécifiques. La suppression du classement juridique par sexe mettra fin non seulement aux problèmes rencontrés par les transsexuels et les intersexuels mais aussi à la prohibition du mariage entre personnes de même sexe ainsi qu'à l'homoparentalité. A partir d'une analyse du droit français, l'auteur critique la naturalisation du classement par sexe mais justifie son utilisation à des fins protectrices. Si le sexe n'est plus pertinent pour l'identification des personnes, il demeure un outil essentiel dans la lutte contre les discriminations et la promotion de la diversité.

Abstract

The Law classifies individuals into two sexes at their birth. This assignment seems so natural that the result is that it is practically impossible to question it. Whereas neither race, class nor religion appears more in the acts of the civil statue, membership to the categories of male or female not only are binding on us but determine, in addition, specific rights and obligations. The end of legal classification by sex will put an end not only to the problems encountered by transsexuals and interssexuals but also to the prohibition against marriage between people of the same sex and other rights including homoparentality. Starting from an analysis of French law, the author criticizes the naturalization of classification by sex but justifies its use at protective ends. If sex is no longer relevant for the identification of people, it remains an essential tool in the fight against discrimination and in the promotion of diversity.

* * *

1. Introduction

En France, le terme « genre » comme synonyme de « sexe » est dépourvu d'existence juridique. Le mot « genre » apparaît surtout dans les textes relatifs au droit d'auteur pour désigner le « genre littéraire, artistique ou un type d'industrie ». Le langage juridique correspond ici à la langue courante : le genre fait référence à l'en-

semble 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 terme « sexe » que la catégorie sociologique de *genre* apparaît dans le droit national. Au niveau international, depuis la conférence de Beijing de 1995 le droit international a consacré l'émergence du concept de genre pour faire référence aux rapports sociaux de sexe et surtout à la discrimination des femmes¹. C'est donc par le droit international que la catégorie entrera indirectement en droit français.

Même, si plusieurs rapports européens font référence au genre, les textes juridiques de l'Union Européenne utilisent le vocable « sexe » (égalité ou discriminations fondées sur le sexe) ou « hommes et femmes » (égalité entre hommes et femmes). 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 ». 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 ».

En tout état de cause, les dispositifs juridiques aussi bien nationaux, européens qu'internationaux se fondent sur la présupposée existence 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.

Le droit ne fait ici que refléter une tradition multiséculaire qui a naturalisé cet arrangement binaire du genre humain.

Le contenu du terme sexe apparaît clairement défini par 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.

Permettez-moi, dans un premier temps, de présenter cette double signification du vocable pour, par la suite, tester sa pertinence juridique.

¹ Je n'aborde pas dans mon article le passionnant débat sur l'articulation entre les catégories sexe et genre dans les sciences humaines, mon objectif est bien plus modeste et consiste uniquement à placer le débat au niveau concret du droit. Sur les questions théoriques et philosophiques, je renvoie le lecteur aux articles suivants : Fabienne Malbois « Les catégories de sexe en action. Une sociologie praxéologique du genre », *Sociologie* 1/2011 (Vol. 2), p. 73-90). Jean-Pierre Vidal « De la déconstruction de la différence des sexes à la " neutralisation des sexes ", pour une société " postsexuelle " ! », *Connexions* 2/2008 (n° 90), p. 123-138.

2. *Le sexe comme catégorie d'identification des personnes*

Dès leur naissance, les individus sont juridiquement classés dans la catégorie mâle ou femelle. Cette assignation 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 ». L'évidence d'une Humanité binaire trouve ses origines dans la Bible.

F. Héritier va encore plus loin que la théologie lorsqu'elle affirme :

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 fondé 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 tous les systèmes de représentation².

Dès l'origine donc l'assignation sexuée des individus n'a pas seulement une finalité réflexive (par rapport à soi) mais aussi relative (aussi bien dans une relation de subordination que dans un rapport de complémentarité) : il s'agit à la fois d'une manière de s'auto-définir et de désigner l'altérité pour mieux décrire la nécessaire complémentarité (subordination ou suprématie) du sujet référent. 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 (longtemps implicite) qui est non seulement celle de la subordination des femmes mais surtout de la nécessaire complémentarité entre les sexualités, autrement dit, l'hétérosexualité obligatoire.

Le sexe fait donc référence à la fois à un statut et à une fonction : l'appartenance aux classes mâles ou femelle (statut) et la hiérarchie des genres et des sexualités (fonction). La différenciation du *sexe-statut* et du *sexe-fonction* est donc dépourvue d'existence matérielle, elle sert toutefois à comprendre la complexité et la dimension polyfonctionnelle de la catégorie ainsi qu'à intervenir juridiquement sur la réalité.

2.1. *Le sexe comme statut*

Les individus qui entrent à leur naissance dans les catégories sexuées ne peuvent échapper à leurs groupes ou désister de leurs alignements que très difficilement (avec l'autorisation du médecin et du juge et toujours dans le cadre d'une procédure administrative) du fait de la permanence du signe biologique de la différence des sexes. 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.

² Françoise Héritier, *Masculin/féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 17-18.

Ainsi, 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... ».

C'est l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né qui détermine :

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe,
- 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 jurisprudence, « 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 »³. De surcroît, *l'Instruction générale relative à l'état civil* précise 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 »⁴. Appelé autrefois hermaphrodisme (fils d'Hermès et d'Aphrodite)⁵, ce phénomène est connu scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme⁶. Cas de force majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude 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.

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

³ Cour d'Appel de Paris, 18 janvier 1974 ; D. 1974, p. 196 conclusion Granjon.

⁴ Instruction générale relative à l'état civil, Art. 288.

⁵ 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 ».

⁶ Caractérisé par la présence chez un même sujet de tissu testiculaire et de tissu ovarien séparés ou fusionnés en un seul organe.

des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à l'origine s'était révélé erroné⁷.

En dehors des cas d'hermaphrodisme, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles. Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels 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 droit.

Le transsexualisme met en évidence la complexité du sexe : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. 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 anatomie⁸ 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 privée⁹ provoquant un revirement de la jurisprudence française¹⁰. De surcroît, 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 médicaux-chirurgicaux ayant entraîné des changements irréversibles pouvant être suffisant pour justifier la demande de changement de sexe à l'état civil.

2.2. *Le sexe comme 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. 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...

⁷ Cour d'Appel de Versailles, 22 juin 2000, *JCP* 2001.II.10595, note Guez.

⁸ Les premières opérations de changement de sexe eurent lieu durant le 1^{er} et 2^{ème} siècle av. J.-C., G. Androustos, M. Papadopoulos, S. Geroulanos, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », *Andrologie* (2001), 11 n° 2, p. 89-93.

⁹ *B. c. France* du 25 mars 1992 (n° 13343/87). Cette décision de la CEDH produit un changement de sa propre jurisprudence. En effet dans les affaires *Van Oosterwijck c. Belgique* du 6 novembre 1980 (n° 7654/76), *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (n° 9532/81), *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (n° 10843/84), la CEDH n'avait pas condamné les Etats qui ne modifient pas l'état-civil des transsexuels.

¹⁰ Ass. Plén., 11 décembre 1992, *JCP* 1995 II, 21991.

Si l'appartenance à l'un ou l'autre sexe n'apparaît plus comme un élément déterminant dans la jouissance des droits alors pourquoi continuer à en faire un élément de l'état civil ? La seule raison d'une telle continuité renvoie à l'institution matrimoniale, considérée par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel comme nécessairement hétérosexuelle.

Il résulte également significatif que les lois soient en général rédigées d'une manière neutre (sans genre) : « 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 mariage, les créanciers dudit droit fondamental deviennent des sujets sexués : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille... »¹¹.

En droit français ce n'est pas seulement la différence des « sexes-statut » qui est une condition sine qua non du mariage mais aussi la différence des « sexes-fonction ». En effet, en 2005 le procureur de la République s'est opposé au mariage de Camille Barré, transsexuelle de 46 ans (femme pour l'état civil) et Martin León Benito, transgenre (homme pour l'état civil) de 30 ans qui se faisait appeler « Monica » à cause d'absence d'une « véritable volonté matrimoniale, le but exclusivement recherché étant étranger à celui de se comporter comme mari et femme ». Se présenter habillée en femme suffit pour rendre le consentement suspect. Si l'absence de différence de sexes n'apparaît pas comme le motif explicite empêchant cette union (elle est souvent évoquée pour renforcer la simulation dénoncée), la manière d'organiser la logique argumentative laisse entrevoir une ambiguïté quant à la qualification de l'opposition à mariage. Ainsi, derrière la simulation, le Procureur et le tribunal entendent sanctionner également l'absence de différence de sexe, comprise non pas dans de différence biologique mais comme absence de désir hétérosexuel. Ce qui pose problème au Procureur ce n'est pas tant que Camille soit une femme mais plutôt qu'elle désire des individus avec une apparence féminine. Or, le fait que M. León s'habille en femme et revendique un prénom féminin ne constitue nullement la preuve d'un défaut de sincérité de l'intention matrimoniale. Le TGI de Nanterre confirmera l'opposition à mariage même si la volonté de respecter le devoir conjugal et *l'affectio maritalis* semblaient incontestable. Ce qui est contesté par le tribunal n'est pas tant le fait que les requérants ne souhaitent pas se soumettre au devoir conjugal mais la manière dont ils entendent l'exécuter. Ainsi, s'abritant der-

¹¹ Art. 12 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme établit : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Conscient des enjeux futurs, le parlement européen cesse de définir le mariage à partir de la différence des sexes dans la Charte européenne des droits fondamentaux et énonce simplement : « 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).

rière la théorie de la simulation¹², les juges entendent mettre en cause l'existence même du mariage. Pour ce faire, ils opèrent un glissement conceptuel : à la place de la différence de sexes comme statut, ils introduisent la différence de sexe comme fonction (avoir l'apparence de sexes opposés et répondre au désir hétérosexuel). Le tribunal va ainsi utiliser un artifice qui permet de s'opposer au mariage le qualifiant à la fois d'acte simulé et d'union homosexuelle. Même si les requérants démontrent leur volonté commune et durable de vivre comme conjoints, leur union ne peut exister puisqu'elle ne prend pas la forme hétérosexuelle. Par cette décision, les juges estiment que M. Benito, tout en étant un homme aux yeux de loi, ne peut pas accomplir convenablement le devoir conjugal : il ne désire pas une femme en tant qu'homme mais en tant que femme¹³. Ce qui compte pour la bonne exécution du devoir conjugal, ce n'est pas seulement le sexe-statut mais aussi le sexe-fonction. Conscients de la difficulté à assumer la différence de sexes-fonction comme *conditio sine qua non* du mariage, les juges de la Cour d'appel de Versailles ont confirmé l'opposition à mariage en se fondant sur la théorie de la simulation sans renoncer pour autant à condamner le mariage homosexuel :

qu'en réalité les appelants entendent [...] s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre la prohibition actuelle du mariage entre personnes de même sexe » et « qu'une telle intention équivaut à un défaut de consentement...¹⁴.

Les parties ne s'étant pas pourvues en cassation, la décision de la Cour d'appel est devenue donc définitive.

Ces décisions mettent de manifeste que dès nos jours, le sexe-fonction (sur un plan juridique) ne plus tellement un instrument de la domination des femmes mais plutôt une catégorie de domination des homosexuels : 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, pris dans sa dimension relationnel, 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 et tout son sens.

¹² L'impossibilité d'attaquer frontalement la nature homosexuelle du mariage explique l'utilisation abusive de l'argument de la simulation afin de rendre l'union d'un homme et d'une femme sur le plan juridique impossible car elle ne prend pas l'apparence d'une union hétérosexuelle.

¹³ « Force est en l'occurrence d'observer que Monsieur Benito, Martin Leon quelles que soient les circonstances, revendique sa féminité, arbore l'apparence d'une femme, signe avec le prénom féminin de Monica qu'il s'est attribué », TGI Nanterre, 10/06/2005.

¹⁴ Cour d'Appel de Versailles 1^{er} Ch. 08/07/2005.

3. *Le sexe comme catégorie de protection des personnes*

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.

3.1. *Le sexe 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'UE consacrent l'égalité des sexes et combattent les discriminations fondées sur le sexe. 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.

Sous l'angle du droit conventionnel des droits de l'Homme, la CEDH a considéré que le terme « sexe » de l'article 14 de la convention (non discrimination) devait être interprété comme incluant l'orientation sexuelle¹⁵.

Le « sexe » comprend alors aussi les « sexualités » pour les juges de Strasbourg. Les juges du droit communautaire ont fait une interprétation différente : Le 30 avril 1996 une femme transsexuelle réussit à convaincre la Cour de Luxembourg que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels 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 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. Effective-

¹⁵ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (1999) du 21 décembre 1999 (n° 33290/96).

ment, 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 CJCE suive généralement l'opinion de son avocat, dans l'affaire Grant la cour s'en est éloignée en statuant qu'il n'y avait pas de discrimination fondée sur le sexe mais sur l'orientation sexuelle, écartant ainsi sa juridiction. Cette interprétation de la CJCE 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 introduit un nouvel la catégorie « orientation sexuelle » dans un nouvel article 13 du traité. C'est donc à cause d'une vision du sexe limité à sa dimension de statut et non pas de fonction que la cour de Luxembourg a obligé le législateur européen à créer la catégorie « orientation sexuelle ».

3.2. Le sexe 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 dites « sur la parité » ont marqué l'émergence d'une politique publique volontariste en faveur des femmes dans la représentation 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 me prononcer sur les bienfaits d'une telle politique, il est permis de se poser la question de savoir si, suivant le raisonnement de la CEDH qui fait du sexe une catégorie englobant l'orientation sexuelle, la parité ne devrait-elle pas également bénéficier les 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 et les femmes homosexuel-les.

4. Pertinence de la catégorie « sexe » dans le Droit

Le problème que pose le sexe comme catégorie juridique est bien celui de l'essentialisation de types pour une classification cherchant à légitimer son ordre ou sa hiérarchie en l'appuyant sur des distinctions inscrites dans la nature des choses et des êtres. La marque biologique du sexe inscrit la différence dans les corps et dans les chairs se renfermant sur les individus qui ne peuvent s'évader de leur prison identitaire. L'utilisation du terme sexe dans les registres de l'état civil présuppose une

réalité biologique première ce qui implique de reconnaître cette 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. Comme l'avait déjà souligné E. Balibar par rapport à la race, l'histoire naturelle des sexes n'est autre chose que la justification de l'hétérosexualité comme identité dans une perspective d'une identification avec les valeurs mystiques d'une civilisation supra-juridique et trans-historique à la fois naturelle et spirituelle (rappelons-nous les cris d'alerte des anthropologues, psychanalystes et autres experts, annonçant la fin de la civilisation si jamais le PaCS était adopté).

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 « fatalisation » des caractères psychosomatiques de genre : la contingence est ainsi transformée en nécessité. L'individu ne saurait dès lors échapper à la catégorie fatale à laquelle l'assigne son apparence physiologique. La catégorie sexe, juridiquement défini l'est sur la base de critères naturels allégués. Cette utilisation de la marque biologique donne aux catégories ainsi sexuées des caractéristiques spécifiques. D'abord, elle joue sur la perception et la représentation de la différence, le sexe biologique (et 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 nécessaire (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, la catégorie « sexe » et « orientation sexuelle » se trouvent justifiées lorsqu'elles ont comme finalité non pas enfermer les individus dans des catégories identitaires mais leur permettre justement de s'en émanciper.

Comme pour les statistiques ethniques et les politiques d'affirmation de l'égalité et la diversité, on pourrait utiliser pour le sexe aussi la méthode de l'auto-identification. Elle consiste soit à fournir une liste de modalités pré-établie (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 au niveau identificatoire pour mieux la revendiquer sur le plan anti-discriminatoire.

Conclusion

Pour répondre concrètement à la question qui a donné le titre de mon intervention « Est-il juste (pertinent, souhaitable...) de classifier juridiquement le genre humain en deux sexes ? ».

Nous pouvons dire « oui », « non » et « ça dépend ».

– Non, lorsque le sexe est utilisé comme une catégorie imposé par l'Etat aux individus à des fins d'identification, cela permettrait de résoudre un certain nombre de problèmes auxquels sont confrontés les intersexués et les transsexuels. Aussi, l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe deviendrait caduque.

– Oui, lorsque le sexe sert comme catégorie de protection contre les discriminations et comme mesure correctrice favorisant la diversité mais à condition que cette notion (déjà appliqué évidemment aux femmes mais aussi aux transsexuelles et aux lesbiennes) soit extensible à d'autres groupes historiquement discriminés ou sous-représentés en raison de leur sexualité comme c'est cas des hommes homosexuels.