



HAL
open science

L'identité individuelle humaine, questions de genres

Delphine Tharaud

► **To cite this version:**

Delphine Tharaud. L'identité individuelle humaine, questions de genres. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.3305 . hal-03869633

HAL Id: hal-03869633

<https://hal.science/hal-03869633>

Submitted on 2 Dec 2022

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



L'identité individuelle humaine, questions de genres

in H. KASSOUL et A. CUKIER (dir.), *Nature de l'Homme, nature du droit*,
Les Rencontres de Thémis et Sophia (2^{ème} édition), Université de Poitiers,
4 et 5 novembre 2021.

DELPHINE THARAUD

Maîtresse de conférences HDR en droit privé

OMIJ

Université de Limoges

Résumé : La question du genre dans la quête de liberté individuelle réactive les questionnements autour de la définition de la nature humaine. La nature est d'abord un frein juridique aux revendications des intersexes et des transgenres, même sa force s'amoindrit. Mais ces revendications produisent également une évolution de la nature du genre tel qu'il est utilisé dans sa lecture féministe. Des frictions peuvent naître, y compris au sein du droit de la non-discrimination, auxquelles la notion d'expression de genre pourrait répondre.

Mots-clés : Nature ; genre ; intersexuation ; transidentité ; féminisme ; état civil ; liberté ; dignité ; non-discrimination

« Il faut se méfier de l'argument 'nature'. Pendant des siècles l'esclavage a été considéré comme naturel. Les grands philosophes de l'Antiquité n'ont vu aucune anomalie à ce qu'une catégorie d'hommes appartienne corps et âme à une autre catégorie d'hommes »¹.

Comme le rappelle ainsi Gisèle HALIMI, la nature a été de tous temps un argument précieux pour justifier des différences de traitement en empêchant même de les rendre questionnables.

La nature a ainsi servi de support à l'établissement de régimes légaux de discriminations comme la ségrégation ou l'apartheid.

L'idée de relation « contre-nature » à propos des homosexuels a longtemps permis une répression.

L'instinct maternel a justifié le cantonnement de la femme à la sphère familiale et a participé à la modicité de la rémunération des métiers très féminisés.

La nature constitue donc un argument rhétorique puissant afin d'assoir des rapports de domination.

La question de la nature devient même centrale dans la construction des discriminations dès lors que la notion d'identité est introduite. Discriminer c'est, par le biais de présupposés, assigner à une personne une qualité (ou plutôt une absence de qualité) en raison d'une caractéristique. Là apparaît la question de la nature : cette qualité est, dans l'esprit de l'auteur d'une discrimination, une qualité ou un défaut naturel de la personne. C'est ici que les préjugés et stéréotypes conditionnent la réaction de l'auteur : je n'emploie pas une personne âgée parce qu'elle ne sera pas flexible, une personne avec des tatouages parce qu'elle ne sera pas fiable... La discrimination, c'est remplacer l'identité individuelle par une identité collective où les individus appartenant à une même catégorie sont censés présenter le même défaut naturel et prendre une décision en fonction de ce point de vue. L'identité, passée par le filtre de la discrimination, est une identité assignée, détachée de la volonté individuelle et qui produit l'exclusion. La discrimination, en tant que rejet de l'autre, provoque une extraction de sa qualité d'humain. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le

¹ G. HALIMI, *La cause des femmes*, Folio, 1992, p. 165.

délict de discrimination est identifié en droit pénal comme une atteinte à la dignité humaine².

Le droit de la non-discrimination est ainsi entièrement fondé sur une méfiance envers l'argument « nature » et la question du genre n'y est pas étrangère. Elle est même au contraire centrale dans la dynamique de l'appréciation juridique de la nature.

L'affirmation du genre à côté du sexe repose les questions de la nature et de la culture, de l'inné et de l'acquis.

Le sexe serait une donnée naturelle, le genre une donnée sociale ?

Le genre serait-il la négation d'une donnée naturelle ?

Mais ces questions paraissent finalement simplistes car elles ne répondent pas à une interrogation première : qu'est-ce que la nature ? Les différents panels du colloque montrent que cette nature est diverse. Elle peut être comprise d'un point de vue environnemental et elle entre alors en confrontation avec les Hommes. Elle peut également être comprise comme la nature de l'humanité ou la nature humaine ou de chacun d'entre nous.

Lorsque la nature est vue sous l'angle de la question de la discrimination, il nous est demandé de revenir à ce qui est fondamental pour chacun d'entre nous. D'une part, ce qui nous renvoie à une nature commune, celle qui nous lie à une appartenance à l'humanité. D'autre part, notre nature propre, celle de personne individualisable au sein de la masse humaine. Nous sommes tous à la fois semblables et différents, autres et mêmes.

Dès lors, le respect de la nature suppose de préserver l'appartenance collective à l'humanité tout en laissant s'exprimer la nature individuelle. L'équilibre est nécessairement délicat et, on le pressent, fragile. Nature et genre interagissent, parfois de manière heurtée, mais cela constitue un véritable dialogue car les deux se répondent. Il en ressort que le droit prend une part active dans la construction du genre. En arbitrant le rapport à la nature, le droit participe à la construction

² L'article 225-1 du Code pénal prohibant les discriminations se situe dans le chapitre consacré aux atteintes à la dignité de la personne.

du genre³. Mais le genre peut aussi être déstabilisé par le droit et particulièrement le droit de la non-discrimination. La construction de ce dernier repose la question du contenu du genre (ou des genres), qui peut être alors être amené à changer de nature.

Ainsi, le genre permet un changement dans l'appréciation de ce que l'on appelle la nature (I), mais il est aussi possible de s'interroger sur le changement de nature du genre (II).

I. Le changement de l'appréciation de la nature par le genre

Les questionnements autour du genre bousculent la société et le droit car ils font basculer la différence sexuelle d'une donnée apodictique à un point questionnable. Deux situations viennent bousculer la question de la nature dès lors qu'il s'agit l'identité de genre : celle de l'intersexuation où l'argument de la nature finit par l'emporter malgré quelques avancées (A) et celle des personnes transgenres où la dimension de la liberté individuelle prend de plus en plus d'importance, réduisant l'argument de la nature à une présence modeste (B).

A. La question de l'intersexuation : la nature imposée

Environ 200 des 800 000 enfants qui naissent en France chaque année sont considérés comme intersexes. Leur prise en compte juridique est doublement dictée par l'argument naturel. Tout d'abord, ils obéissent au principe de l'assignation binaire (I). Ensuite, cette même assignation binaire produit une violence physique par le biais d'opérations qui peuvent être imposées à un enfant (II).

³ Sur cette idée : J. CONAGHAN, *Law and Gender*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 102.

I. L'assignation binaire comme paradigme naturel du sexe

L'intersexuation peut être définie comme le fait de naître avec des attributs génitaux, chromosomiques, biologiques présentant des caractéristiques associées aux deux sexes⁴. Autrement dit, l'enfant naît avec des éléments de chaque sexe⁵, le critère principal restant celui de la taille du pénis⁶.

Le droit français obligeant à remplir la mention de sexe à l'état civil, et le choix n'étant qu'entre le sexe féminin et le sexe masculin, il est nécessaire de choisir l'un des deux sexes pour l'enfant « *présentant une variation du développement génital* » selon les termes choisis par la loi bioéthique du 2 août 2021⁷. Devant ce choix cornélien, cette même loi consacre enfin la possibilité de reporter (modestement) la mention sexe à l'état civil. Le délai de déclaration passe de cinq jours (qui est conservé pour le cas général) à un délai maximum de trois mois pour les enfants intersexes⁸.

Cette avancée ne doit pas masquer la prépondérance de ce qui est considéré comme étant naturel sur l'établissement du sexe. Le droit français n'a pas fait le choix d'introduire la possibilité d'un sexe « neutre » comme l'Allemagne⁹ a pu

⁴ Le Conseil d'Etat la définit comme visant les « situations médicales congénitales caractérisées par un développement atypique du sexe chromosomique (ou génétique), gonadique (c'est-à-dire des glandes sexuelles, testicules ou ovaires) ou anatomique (soit le sexe morphologique visible) » : CE, Rapport du 28 juin 2018, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, La Documentation française, 2018.

⁵ La caractérisation de l'intersexuation peut également apparaître plus tard, notamment à l'adolescence.

⁶ C. FORTIER, « Vers une reconnaissance des corps-identités. Excisées, amazones, intersexes, trans, et sourds », *Droit et Cultures*, Dossier : Réparer les corps et les sexes, 2020/2, p. 80.

⁷ Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; S. PARICARD, « La loi bioéthique encadre la situation des enfants intersexes », *D. act.* 13 septembre 2021.

⁸ Article 57 du Code civil. Cependant, en pratique, il est envisageable que ce délai soit plus long en raison d'une inertie déjà constatée de la part des parquets avant la modification et d'une procédure qui suppose une action des parents, qui peuvent donc préférer attendre. Sur ce point : B. MORON-PUECH, « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS* 2021, p. 827.

⁹ B. MORON-PUECH, « Autre sexe outre-Rhin ? « Plaisante justice qu'un rivière borde... », *D.* 2018, p. 73.

le faire par exemple¹⁰. Tout juste est-il introduit l'éventualité d'une rectification des actes de l'état civil en cas de variation du développement génital¹¹. La pertinence de cette mention « sexe » binaire n'est d'ailleurs aucunement remise en cause en France et, lorsqu'elle est abordée, le vocabulaire employé relève de l'évidence¹². Sans doute manquons-nous ici du poids des obligations internationales de l'Etat. Au contraire des questions de transidentité, aucun arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'a été rendu concernant la question de l'établissement de l'état civil des personnes intersexes. Cependant, une réponse pourra être apportée prochainement par la Cour de Strasbourg puisqu'une requête contre la France est actuellement pendante¹³.

Toujours est-il qu'à l'heure actuelle l'idée d'autodétermination des personnes intersexes quant à leur appartenance sexuelle ne transparait pas¹⁴. Cette absence a des conséquences lourdes car le refus administratif se double du pouvoir des parents d'inscrire le sexe de leur enfant dans sa chair.

2. La violence de l'argument de la nature

La législation française ne présente pas d'évolution significative quant aux opérations de conformation sexuée subies par les enfants intersexes, alors même

¹⁰ La Cour de cassation a bien rappelé que le système français n'est fondé que sur la binarité : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189. Pour comprendre les limites du droit français face aux demandes non-binaires : E. FONDIMARE, *L'Impossible Indifférenciation : le principe d'égalité dans son rapport avec la différence des sexes*, thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2018.

¹¹ Article 99 du Code civil.

¹² Alors que sur le plan international, cette pertinence est interrogée : Recommandation du Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, juin 2015, §4 ; Résolution 2048 (2015), §6 ; Résolution 2191 (2017), §7.

¹³ La requête porte sur l'absence de reconnaissance du sexe neutre : *Y. c. France*, affaire communiquée, req. n°76888/17 (à propos d'une personne déclarée de sexe masculin à la naissance mais vivant avec une identité intersexuée). Sur les enjeux de cette reconnaissance et le contenu de la tierce intervention d'ONG dans l'affaire : B. MORON-PUECH, « Remarques langagières et méthodologiques sur le contrôle de conventionnalité à venir dans l'affaire du « sexe neutre » (CEDH, *Y. c. France*, n°76888/17), *RDLF* 2021, chron. n°02.

¹⁴ Sur ce point : M.-X. CATTO, « Intersexe », in C. LAURENT-BOUTOT, Y. LECUYER, D. THARAUD (Dir.), *Dictionnaire thématique de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pédone, 2022, p. 214.

que ces opérations, qui peuvent produire une stérilité, se font sur des corps sains. En effet, si « *le consentement du mineur doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision* » depuis la dernière loi bioéthique, rien n'interdit les opérations avant que l'enfant soit en âge de construire et transmettre sa pensée concernant son genre/sexe. L'intersexuation est traitée comme une pathologie alors que le corps est sain¹⁵.

Pourtant, cela est contraire à la résolution du Conseil de l'Europe sur cette question¹⁶.

Pourtant, certaines personnes intersexes ont déjà essayé de faire établir devant les juridictions nationales, malheureusement sans succès, l'existence de violences volontaires commises à leur encontre¹⁷.

Pourtant, certaines équipes médicales continuent à pousser les parents à rapidement autoriser une intervention chirurgicale alors qu'elle n'est pas vitale¹⁸ (dilatation de vagins jugés trop petits, réduction de clitoris jugés trop grands, redressement de pénis jugés tordus, pratique du bougirage, autrement dit la création d'un trou dans l'organisme avec maintien d'une « bougie » afin que l'orifice artificiel ne se referme pas...)¹⁹.

¹⁵ La prise de conscience est déjà effective dans des pays proches de la France. Ainsi, la Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine suisse préconise d'attendre les 10 ou 14 ans de l'enfant avant d'effectuer des opérations irréversibles : Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine (NEK-CNE, Suisse), Attitude à adopter face aux variations du développement sexuel. Questions éthiques sur « l'intersexualité », Berne, Prise de position n°20, 2012, <http://www.bag.admin.ch/nekcn/04229/04232/index.html?lang=fr>.

¹⁶ Conseil de l'Europe, Le droit des enfants à l'intégrité physique, juin 2013, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=20174&lang=fr>. Voir également : Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, Doc. 1104, 25 septembre 2017, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=24027&lang=FR>

¹⁷ Cass. Soc., 6 mars 2018, n°17-81.777.

¹⁸ Sur le manque de consentement éclairé des parents : L. THIBAUT, *Prise en charge de l'intersexuation : problèmes éthiques et perspectives d'amélioration des pratiques actuelles en France*, Mémoire en santé publique, 2019, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03066175/document>.

¹⁹ Sur ce point, voir : M.-X. CATTO, « La loi bioéthique et les intersexes », *JDSAM* 2020/1, p. 64.

L'identité personnelle ressentie par l'individu est donc niée pour être remplacée par une identité choisie par des tiers qui, même bienveillants, peuvent se tromper. Les opérations précoces répondent à une peur sociale des parents, parfois instillée par les équipes médicales²⁰, et relève d'une forme de paternalisme. La loi bioéthique a prêté attention à cette question avec un cadre plus étoffé de prise en charge médicale et d'information des parents²¹.

Cependant, pour reprendre le terme de Benjamin Moron-Puech²², l'approche reste « déshumanisante » car elle conduit à nier les possibilités d'autodétermination : une personne ne peut être que « monosexuée »²³, femme ou homme. Cette formulation d'assignation correspond à la main mise de la nature médicale du sexe et se traduit par la mise à l'écart de la volonté de la personne concernée. Le fait de ne pas être conforme à ces données naturelles permet, en l'état actuel de la législation, d'imposer un rapprochement avec cette nature binaire et une violation de l'intégrité physique²⁴. La puissance de l'appel à la nature est particulièrement perceptible ici car il permet de déroger au principe de l'inviolabilité du corps humain. Pourtant, ce même principe permet, ailleurs, de qualifier pénalement les mutilations génitales faites au nom de la religion ou de la tradition²⁵...

Ici encore, le secours de la CEDH sera bienvenu même s'il n'est pas immédiatement opérationnel. En effet, la première affaire de ce type portée devant la CEDH s'est prématurément terminée par une décision d'irrecevabilité

²⁰ Qui peuvent aller jusqu'à transmettre des « informations fallacieuses » selon les victimes : CEDH, déc., 26 avril 2022, M. c. France, n°42821/18.

²¹ Pour une analyse complète : B. MORON-PUECH, « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS* 2021, p. 827.

²² B. MORON-PUECH, « Loi de bioéthique et intersexuation. Commentaire d'un article précaire », *RDSS* 2021, p. 827

²³ C. FORTIER, « Vers une reconnaissance des corps-identités. Excisées, amazones, intersexes, trans, et sourds », *Droit et Cultures*, Dossier : Réparer les corps et les sexes, 2020/2, p. 80.

²⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Droit, identité de genre et orientation sexuelle : une évolution dans subversion », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (Dir.), *Genre, droit et politique*, *Droit et société*, 2021, p. 127.

²⁵ Pourtant, des auteurs démontrent la dynamique commune qu'il peut y avoir des opérations de rapprochement du sexe féminin et la pratique de l'excision : C. FORTIER, « Vers une reconnaissance des corps-identités. Excisées, amazones, intersexes, trans, et sourds », *Droit et Cultures*, Dossier : Réparer les corps et les sexes, 2020/2, p. 80

pour non-épuisement des voies de recours internes. Cependant, la Cour note bien la potentielle applicabilité de l'article 3 relatif aux traitements inhumains et dégradants lorsque sont notamment en jeu une procédure de stérilisation non consentie ou des mutilations génitales²⁶.

Le sentiment d'appartenance à un sexe ou à un genre est étouffé par une lecture retrainte de ce qu'est la nature sexuée des humains, et le droit se fait le relai de cette perception de la nature. En revanche, ce lien se dévoile de moins en moins concernant la transidentité.

B. La question des personnes transgenres : le dépassement de la nature

La transidentité, lorsqu'elle consiste à passer d'un sexe à l'autre, fait l'objet d'une approche plus souple par le droit (1). La transidentité vient alors bousculer les schémas de construction du sexe considérés comme naturels (2).

I. Une reconnaissance de la transidentité plus souple

L'identité de genre est présente dans la liste des motifs de discrimination depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Auparavant, cette question n'était pas absente mais connue dès 2012 sous l'appellation d'identité sexuelle²⁷. Cette évolution du vocabulaire va de pair avec une modification de l'évolution de la considération du genre. Au contraire de la question de l'intersexuation, la demande n'est pas provoquée par un élément physique ou biologique mais par un ressenti, un besoin qui ne transparaît pas physiquement.

Longtemps, la situation a juridiquement correspondu à la demande administrative du changement de sexe. Le vocable utilisé alors était celui du transsexualisme. Le changement de l'état civil n'était envisageable qu'après

²⁶ CEDH déc., 26 avril 2022, *M c. France*, req. n°42821/18. Il s'agit de la requérante n'ayant pas eu gain de cause en 2018 devant la Cour de cassation.

²⁷ Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

opérations chirurgicales attestant d'une modification génitale complète et irréversible allant jusqu'à la stérilisation²⁸. Cette transition chirurgicale et biologique avec prise d'hormones laisse comprendre qu'il s'agissait de répondre aux attendus de la nature en matière de sexe. Comme pour les enfants intersexes, l'identité est acquise par conformité avec le sexe tel que médicalement envisagé. La différence majeure est cependant ici le respect de la volonté de l'individu.

Cependant, une décorrélation entre la volonté de la personne et la nature, du moins la nature telle que déterminée par la science médicale, semble s'opérer. Dorénavant, le droit français²⁹ ainsi que la CEDH³⁰, admettent le changement juridique de sexe sans processus complet de transition, voire sans aucune transition. La juridiction strasbourgeoise affirme même que la personne ne doit pas se sentir contrainte de porter atteinte à son intégrité physique³¹. Ainsi, selon les règles de droit interne, la personne qui « *démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut obtenir la modification* »³². Par ailleurs, quant au changement de prénom, la procédure est plus souple et se fait sur simple demande motivée auprès du service de l'état civil du lieu de domicile ou de naissance³³.

Cependant, il reste des traces de l'attachement à l'argument de la nature. En effet, la procédure de changement administratif de sexe reste judiciairisée au nom du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. En effet, en droit français, « *la demande de modification du sexe dans l'état civil ne peut reposer sur la seule volonté du demandeur* »³⁴ et la possibilité d'une simple déclaration

²⁸ Mais la réalisation d'une transition chirurgicale entraîne l'obligation pour les Etats membres d'accéder aux demandes de changements de l'état civil : CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.

²⁹ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle.

³⁰ CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie* ; 6 avril 2017, *Garçon et Nicot c. France* ; 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie*, req. n°2145/1.

³¹ CEDH, 19 janvier 2021, *X et Y c. Roumanie*, req. n°2145/1.

³² Article 65-1 du Code civil.

³³ Article 60 du Code civil.

³⁴ Haute Autorité de Santé, « Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France », avril 2009, p. 40, http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_894315/situation-actuelle-et-perspectives-devolution-

a donc été écartée³⁵. De plus, les personnes transgenres n'ont pas accès à la PMA malgré l'extension aux couples de lesbiennes produite par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. La nature reste donc présente mais elle est poussée dans ses derniers retranchements.

2. Des catégories considérées comme naturelles bousculées

L'identité individuelle assignée à la naissance devient, par la liberté relative de modification, une identité choisie. Il ne s'agit pas d'une identité médicale plaquée sur chaque individu, mais d'une identité telle que vécue par la personne. Ainsi, c'est sa nature profonde, au-delà des éléments médicaux qui constituent habituellement ce qui est considéré comme naturel, qui l'emporte juridiquement. Cette bascule n'est pas anodine d'un point de vue individuel bien évidemment, mais également d'un point de vue de l'appréhension de l'identité individuelle par les autres, ainsi que de celui institutionnel. La procédure permet à une personne non stérile de changer de sexe, ce qui produit une diachronie du mot sexe et un bousculement des catégories habituelles. En effet, une personne ayant obtenu un changement administratif de sexe en homme peut être enceint. Le droit de la filiation³⁶ et le droit du travail, notamment, peuvent être mis en déroute dans les règles sexuées ou sexospécifiques qu'ils contiennent. Pour ne prendre qu'un exemple, citons le congé maternité³⁷ dont les règles sont attachées à la qualité de femme ou de salariée.

de-la-prise-en-charge-medicale-du-transsexualisme-en-France. Cependant, des pays tels que l'Argentine ou le Danemark offrent une procédure de changement de sexe qui n'est ni médicalisée, ni judiciairisée.

³⁵ Malgré les demandes répétées des associations et du Défenseur des droits : Défenseur des droits, 26 juin 2016, MLD-MSP-2016-164.

³⁶ La référence au père ou à la mère peut ne pas correspondre à la situation d'une personne transgenre. C'est notamment le cas pour l'article 310 et s. du Code civil, mais également des articles 371 et s. du même Code relatifs à l'autorité parentale. Sur cette question : Benjamin Moron-Puech, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF* 2018, chron. n°26.

³⁷ B. MORON-PUECH, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », dans *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chron. n°26, 2018.

Les demandes de reconnaissance des personnes transgenres vont même plus loin en transgressant la binarité. Il ne s'agit pas seulement de faire reconnaître un des deux sexes pouvant être précisé mais aussi de mettre au jour différentes catégories qui ne trouvent pas encore d'écho administratif, comme les non binaires³⁸, les *gender fluide*³⁹, les genres⁴⁰, les demi-genres⁴¹.

Tout comme la question de l'intersexuation, ces demandes bousculent la binarité et forcent à réexaminer ce que nous considérons comme naturel⁴². Or, contrairement à ce qui peut être souvent perçu, la transidentité n'est pas une question contemporaine qui naîtrait d'une évolution récente d'une quête d'identité. Elle a été intégrée depuis longtemps dans certaines sociétés et est même mentionnée dans le Code d'Hammurabi⁴³. On en trouve d'ailleurs trace sur l'ensemble des continents⁴⁴. Le caractère « ancestral⁴⁵ » de la dimension binaire du sexe fait alors face à ce même caractère de prise en compte du genre, ailleurs certes, mais existant. Le genre permet de comprendre que le sexe obéit également à une dimension culturelle.

Cependant, la reconnaissance officielle d'un troisième sexe ou les différents genres n'est pas tout. Elle ne permet pas nécessairement la disparition de la stigmatisation sociale. Ainsi, dans les sociétés traditionnelles admettant ce type de situations, la plupart l'ont fait en cantonnant les personnes concernées à des rôles précis, même si ceux-ci pouvaient être socialement valorisés⁴⁶. Il est donc

³⁸ Ne pas se reconnaître homme ou femme. Ce terme peut englober les suivants qui sont inscrits dans la même perspective.

³⁹ Les personnes dont le genre varie dans le temps.

⁴⁰ Les personnes qui ne se reconnaissent dans aucun des genres.

⁴¹ Les personnes se reconnaissent pour partie homme ou femmes et pour une autre partie d'un autre genre, sans que celui-ci soit forcément identifié.

⁴² Une enquête menée par le CEVIPOF a permis aux personnes de s'identifier par un sexe féminin, masculin ou autres. 0.82% des personnes ayant répondu ont coché la case « autre ». Sur cette étude : R. SENAC, « Le droit à l'épreuve de l'égalité : de la catégorisation sexuée binaire à l'état civil », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (Dir.), *Genre, droit et politique, Droit et société*, 2021, p. 138.

⁴³ Y est transcrit le statut des Salzirkum, ce qui pourrait se traduire par « filles de sexe masculin »

⁴⁴ LEXIE, *Une histoire de genres*, Marabout, 2021, p.159 et s.

⁴⁵ TGI Tours, 20 août 2015, <http://www.pitcho.fr/site/wp-content/uploads/2015/10/Cliquez-ici-pour-la-d%C3%A9cision-du-TGI-Tours-20-ao%C3%BBt-2015.pdf>.

⁴⁶ L'analyse montre le cantonnement régulier à des fonctions religieuses ou ésotériques.

important de faire entrer la logique de la non-discrimination dans le champ de la réflexion. Dès lors apparaît un bousculement de la notion même de genre.

II. Le changement de la nature du genre

La présence simultanée du sexe et de l'identité de genre dans la liste des motifs de discrimination⁴⁷ montre que l'approche de la question de l'appartenance sexuée ou genrée est finalement multiple. Ce doublon n'est pas anodin, il illustre des dynamiques qui peuvent paraître antagonistes dans leur logique (A). Cependant, cette nature plurielle peut trouver une unité dans la notion d'expression de genre (B).

A. Genre ou genres ? Confrontations de logiques

Sexe et genre peuvent laisser apparaître une forme de friction entre les logiques féministes et trans (1). La mise en avant de la notion d'identité peut également susciter des questionnements au regard du fonctionnement général du droit de la non-discrimination (2).

I. Confrontation des logiques féministes et trans

Le motif du sexe est dédié à la question de l'égalité entre les femmes et les hommes, tandis que l'identité de genre répond à la problématique de la réception par la société des personnes transgenres et intersexes. La notion de genre, sans être accolée à l'identité, n'apparaît pas explicitement car le genre est ce que la société fait au sexe. En effet, tout motif de discrimination identifie une différence objective qui est prise en compte de manière biaisée, par des préjugés ou stéréotypes. Il ne s'agit donc pas de cibler le biais mais la caractéristique initiale. Concernant l'égalité entre les femmes et les hommes, c'est donc le sexe qui est listé et non le genre qui n'est que l'appréciation biaisée socialement du sexe. Les propos de la convention d'Istanbul sur les violences faites aux femmes

⁴⁷ Article 225-1 du Code pénal, article L. 1132-1 du Code du travail, article 1 loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

illustrent pleinement ce glissement de la différence objective à la différence subjective. Le genre y est défini comme « *les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes* »⁴⁸. Le genre est donc ce que la société fait aux sexes, spécialement aux femmes, et que les actions de lutte contre les discriminations tentent de contrecarrer plus ou moins efficacement.

Quant au genre utilisé dans le contexte de la transidentité, il renvoie à la manifestation extérieure d'une appartenance sexuelle⁴⁹, binaire ou non. L'identité de genre semble faire appel au genre de manière opposée en soulignant le besoin des personnes transgenres à se revendiquer administrativement, mais aussi socialement, d'un genre, en accord avec leur ressenti. Le genre est alors une « identité sociale » proclamée, revendiquée⁵⁰.

Dès lors, peut apparaître une contradiction entre, d'une part, le genre qui relève de l'égalité entre les sexes et suppose d'être étouffé pour parvenir à une égalité réelle, et, d'autre part, celui qui relève de l'identité et suppose au contraire la possibilité d'être revendiqué pour une construction individuelle pleine et entière de la personne. La reconnaissance de la modification des actes de l'état civil au nom de l'identité de genre provoque aussi une modification du sens du sexe mentionné : il n'est plus un sexe au seul sens médical, il devient également le siège du genre. Il y a donc une modification de la nature de la mention faite à l'état civil. Il y aurait alors une dénaturalisation⁵¹ ou une socialisation⁵² du sexe. Cette apparente opposition a fait naître des tensions entre certaines féministes et militants pour les droits des transgenres rattachés au courant féministe radical

⁴⁸ Article 3c de la Convention d'Istanbul.

⁴⁹ Le projet de loi italienne sur la question des discriminations liées au sexe, au genre, à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle propose une définition claire de chaque terme, ce qui pourrait utilement inciter le législateur français à faire de même afin d'apporter plus de clarté : E. CALZOLAIO, « Sexe, genre et discrimination : une proposition de loi anime le débat en Italie », *RJPF* 2021, n°7, P. 47.

⁵⁰ V. du rôle de l'identité sociale : CEDH, 9 juillet 2020, *Y.T. c. Bulgarie*, n°4170/16.

⁵¹ Sur cette idée, voir : J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, La Découverte, 2006.

⁵² Pour reprendre l'idée défendue par l'anthropologue Margaret Mead. Sur ses travaux : J. DAMON, « La pensée de Margaret Mead (1901-1978) », *Informations sociales*, 2006/6, p. 27.

porté par Janice Raymond⁵³ et étendu aujourd'hui au mouvement TERF⁵⁴. Certaines féministes refusent l'accès à la lutte et même la reconnaissance du sexe féminin des trans au nom du vécu spécifique des femmes auquel ne peuvent accéder les personnes qui ont seulement transitionné (ou non d'ailleurs). Est alors sous-tendue l'idée d'usurpation⁵⁵, mais aussi de déclasserement des droits des femmes⁵⁶.

2. Confrontation des logiques au sein du droit de la non-discrimination

Au-delà même de la confrontation au sexe, la mention de l'identité peut constituer une difficulté au regard de la dynamique générale de la non-discrimination. Si les motifs renvoient généralement à des caractéristiques qui peuvent être importantes pour la personne qui en est porteuse, est surtout mis en lumière le fait que cette caractéristique soit instrumentalisée par les tiers. C'est pourquoi le sexe est visé et non le genre pour ce qui est de l'égalité entre les sexes.

Le motif est surtout identitaire pour les personnes qui discriminent : la caractéristique devient même le seul élément qui, aux yeux du tiers, constitue l'identité de la personne. Les autres éléments s'effacent au profit de cette seule caractéristique qui devient le moteur du rejet de la personne.

Construire un motif autour de l'identité revient à confirmer le mot genre dans l'idée de revendication de ce que l'on est, ce qui n'est pas ce que disent les autres motifs. Le risque est l'enfermement de la personne transgenre dans ce seul élément identitaire. Or, ce n'est pas ce qui est souhaité par les personnes elles-mêmes. Si la revendication porte sur la nécessaire reconnaissance des problématiques de genre, elle ne doit pas non plus assigner la personne à cette seule caractéristique.

⁵³ Janice Raymond, *The Transsexual Empire : The Making of The She-Male*, 1979.

⁵⁴ *Trans-exclusionary radical feminist*.

⁵⁵ La question est notamment posée en matière sportive avec la participation de personnes trans aux compétitions féminines.

⁵⁶ Sur ces tiraillements entre les féministes et les trans : O. BUI-XUAN, « Le droit au défi des identités de genre », *RDLF* 2022, n°19.

B. L'expression de genre, le genre à l'ère de la liberté

Introduire la notion d'expression de genre permettrait de dépasser ces contradictions en liant les demandes de lutte contre l'assignation (1) et participerait ainsi à une forme de construction individuelle narrative (2).

I. Sortir de l'assignation pour garantir la liberté individuelle

Les différentes questions posées par le genre convergent sur la notion d'assignation : la médecine et le droit assignent un sexe, la société peut assigner un genre. Dans tous les cas, quel que soit le motif en cause, il s'agit pour les personnes concernées de se défaire de qui est choisi pour eux, à leur place.

L'ensemble de ces questionnements et demandes portent une quête de liberté individuelle face au paternalisme juridique et aux biais sociaux formant des catégories. Dans tous les cas, le genre est au cœur d'un positionnement individuel face à la société et de la reconnaissance de cette liberté, dans toute la diversité qu'elle peut offrir.

Une manière de s'extraire des difficultés liées aux contradictions entre les genres est d'inclure cette dimension de liberté. Ce qui nous rassemble toutes et tous, c'est l'appropriation individuelle de notre propre nature intime, homme, femme ou non binaire, sans que la société ait à dicter quels sont les comportements, les caractéristiques physiques attendues. Cela doit être aussi bien l'extériorisation d'éléments indiquant ce que l'on pense être ou l'absence de celle-ci.

Cette dynamique peut se retrouver dans l'idée d'expression de genre. Celle-ci commence à émerger dans le corps de quelques législations nationales en étant accolée à l'identité de genre⁵⁷. Elle ne permet pas de remplacer le sexe et l'identité

⁵⁷ Nous pouvons citer ici le droit suédois (CJUE, 15 avril 2021, C-30/19) et le droit géorgien (selon ce qu'il ressort d'une décision du Conseil d'Etat français : CE, 2 juillet 2011, rec. Lebon). Une disposition européenne y fait également référence (Directive 2021/29/UE du 25 octobre 2021 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision cadre 2001/220/JAI. Il y est indiqué que « La violence dirigée contre une personne en raison de son sexe, de son identité ou expression de genre ou la

de genre, en revanche elle réalise une communion des différentes luttes contre les assignations. Elle permet de prendre en charge les personnes qui œuvrent à faire reconnaître socialement leur genre, celles qui souhaitent ne pas l'extérioriser comme celles qui l'extériorisent de manière différente des standards sociaux attendus de l'appartenance à un sexe. Elle permet également d'inclure la reconstruction du corps. C'est par exemple le cas lorsque se pose la question d'opter pour la reconstruction d'un sein après une mastectomie ou de laisser tel quel son corps après la chirurgie et ainsi laisser à voir à tous son chemin de vie.

Il pourrait être répondu que cette prise en compte peut déjà se faire par le filtre d'une discrimination intersectionnelle sexe/apparence physique comme cela a déjà été le cas dans l'affaire du chef de rang d'un restaurant licencié pour le port de boucles d'oreille⁵⁸. Mais l'objectif est de mettre en avant une caractéristique commune à différentes formes de luttes afin d'éviter l'effet de concurrence entre les différentes acceptions du genre et le sentiment d'abandon de certaines catégories⁵⁹.

L'expression de genre permettrait une concordance et une équivalence des luttes bienvenues, de même que l'admission de la double dimension du genre qui relève de l'intime et de la manifestation, comme c'est le cas de la liberté religieuse par exemple.

2. Une identité individuelle narrative

L'expression de genre offre l'opportunité de penser l'idée d'identité individuelle de manière narrative. Il s'agit de s'appropriier ou se réappropriier son corps en tant que constitutif de son identité individuelle et rappelle en cela une idée mise en lumière par Camille FROIDEVAUX-METTERIE pour le volet féministe : « Un

violence qui touche de manière disproportionnée les personnes d'un sexe en particulier est considérée comme de la violence fondée sur le genre ». Ce type de violence doit être « entendue comme une discrimination ».

⁵⁸ Cass. Soc., 11 janvier 2012, n°10-28.213.

⁵⁹ Sur cette idée : B. PERREAU, « Les analogies du genre : différence, intrasectionnalité et droit », in C. BOSVIEUX-ONYEKWELU et V. MOTTIER (Dir.), *Genre, droit et politique, Droit et société*, 2021, p. 152.

corps à soi »⁶⁰. Il s'agit de lui faire dire ce que l'on est par ses choix individuels conformes à un besoin intime et personnel, parfois au-delà ou contre les attendus sociaux. Or, cette problématique peut être bien plus large que la seule question du féminisme. Les propos précédents que nous avons eu démontrent que la question de l'autodétermination est primordiale pour l'identité de genre. Comme pour les femmes, la société corsette le corps de manière à répondre à une vision qualifiée de naturelle. Pour s'en extraire, il faut retrouver l'idée de liberté sur son corps, sur ce qu'il est et sur ce qu'il dit.

Ce corps à soi doit être assorti de la liberté de lui faire dire ce que l'on est, quelle est sa nature individuelle profonde. Il faut une liberté de l'expression du genre dans et par le corps et le genre doit être entendu aussi bien comme un état que comme une liberté.

Être une femme sans pour autant vouloir des enfants.

Recourir à l'IVG.

Allaiter ou non.

Etre un homme et porter une jupe ou des bijoux.

Vouloir taire sa virilité.

Faire valoir sa transidentité.

Ne pas se reconnaître d'un sexe en particulier.

Ne pas vouloir se soumettre à des opérations chirurgicales pour ressembler à un sexe dans lequel on ne se reconnaît pas.

Vouloir faire une transition de genre ou non.

Ne pas s'affirmer comme victime de violences de genre mais comme survivante⁶¹.

⁶⁰ C. FROIDEVAUX-METTERIE, « Un corps à soi », Seuil 2021.

⁶¹ Les grandes affaires de violences sexuelles, notamment aux Etats-Unis ont été l'occasion pour les victimes de ces faits de témoigner dans le cadre des procédures judiciaires et de documentaires télévisuels. Elles se présentent comme survivantes. Voir les documentaires « Surviving Jeffrey Epstein », « Surviving R. Kelly », « Team USA : Scandale dans le monde de la gymnastique ».

L'expression de genre rejoint ici l'identité-ipséité de Paul Ricoeur⁶², elle permet à l'individu de construire une narration sur sa propre personne en étant détachée des aspects collectifs. Le droit de la non-discrimination doit s'adapter à cette identité narrative. Or, c'est bien le genre qui permet de mettre en lumière la nécessité de laisser à chaque personne la possibilité d'exprimer sa véritable nature personnelle, son identité individuelle et de se confronter comme tel à la société.

⁶² P. RICOEUR, « L'identité narrative », *Esprit* 1988, p. 295.