

## Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination

Elsa Fondimare

---



**Édition électronique**

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/755>

DOI : [10.4000/revdh.755](https://doi.org/10.4000/revdh.755)

ISSN : 2264-119X

**Éditeur**

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

**Édition imprimée**

Date de publication : 1 juin 2014

**Référence électronique**

Elsa Fondimare, « Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 20 mai 2014, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/755> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.755>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

---

# Le genre, un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination

Elsa Fondimare

---

- 1 La réception du concept de genre en droit français a fait l'objet, dans les discours politiques et juridiques des deux dernières années, d'oppositions des plus virulentes. Si l'on se réfère aux débats parlementaires relatifs à la loi du 6 août 2012 sur le harcèlement sexuel, nombre de députés ont refusé l'introduction de l'expression « identité de genre » dans le Code pénal, marquant ainsi leur opposition à « la théorie du genre », qualifiée de « forme de révisionnisme anthropologique à proprement parler révolutionnaire »<sup>1</sup>, signe d'un renoncement à l'altérité, avènement d'une idéologie qui conduirait à remettre en cause la différence des sexes au fondement de l'ordre social et de l'identité individuelle. C'est finalement le terme « identité sexuelle » et non pas celui d'« identité de genre » qui a été retenu comme nouveau motif de discrimination prohibé par l'article 225-1 du Code pénal. De même, les débats parlementaires relatifs à la loi du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République ont conduit à refuser le rôle de l'école dans l'éducation à l'égalité de genre<sup>2</sup>. Dans le contexte de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, certains députés ont également fait part de leur inquiétude en proposant, le 7 décembre 2012, une résolution tendant à la création d'une « commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du *gender* en France » : la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe s'accompagnerait selon eux d'une tentative de généraliser « l'introduction en France de la théorie du *gender*, dans son sens subversif de l'indifférenciation des sexes qui pourrait inspirer notre législation [...] entraînant une remise en cause du mariage, de la famille et de la maternité fondés sur l'altérité sexuelle »<sup>3</sup>.
- 2 Outre le rejet de son introduction dans le droit positif, le terme « genre » serait inapproprié à la langue française. La Commission générale de terminologie et de néologie a en effet estimé que le mot anglais « *gender* » constitue un néologisme

« souvent employé pour désigner exclusivement les femmes ou [faisant] référence à une distinction selon le seul sexe biologique »<sup>4</sup>. Or, selon la Commission, la substitution du mot « sexe » par celui de « genre » ne correspond à aucun besoin linguistique et n'est pas justifiée dans la langue française, car le terme de sexe est parfaitement adapté « pour exprimer la différence entre hommes et femmes, y compris dans sa dimension culturelle ». La Commission a donc déconseillé l'extension du terme « genre » dans cette acception, réservant son emploi pour l'expression du « genre grammatical ». Afin de traduire le terme anglais « *gender* », la Commission a préconisé des locutions telles que « hommes et femmes », « masculin et féminin », ce qui reviendrait par exemple à traduire la notion de « *gender equality* » par l'expression « égalité entre hommes et femmes » ou « égalité entre les sexes ». Cependant, et contrairement à ce que laisse penser l'avis de la Commission, les termes « sexe » et « genre » ne sont pas interchangeables, sinon, comment expliquer les contestations relatives à l'inscription du mot « genre » dans la loi ? Les débats laissent justement supposer que le genre révèle une conception renouvelée de la différence des sexes. Dès lors, le refus de l'emploi du terme genre reviendrait à priver les juristes d'un concept bien spécifique, qui dépasse la notion de « sexe » sans pour autant s'y substituer et qui s'avère utile pour appréhender la façon dont certains acteurs juridiques conçoivent aujourd'hui l'égalité et les discriminations.

- 3 En effet, force est de constater que les instruments juridiques relatifs à l'égalité et à la lutte contre les discriminations<sup>5</sup>, élaborés par les organisations internationales et européennes, se réfèrent désormais à la notion de genre<sup>6</sup>. Certains auteurs ont été jusqu'à évoquer une « promotion du genre » dans les politiques de l'Union européenne, pour lutter contre les discriminations fondées sur le sexe, « langage privilégié de la modernité démocratique »<sup>7</sup>. Bien que la plupart de ces instruments juridiques aient *a priori* un caractère non-contraignant vis-à-vis des Etats, le gouvernement français a entendu mettre en œuvre la politique européenne en la matière et prendre en compte la dimension du genre dans le droit positif, notamment dans le Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes du 3 juillet 2013, dans le but, nous le verrons, de renouveler l'approche des inégalités. L'étude d'impact du Projet de loi retient comme définition de la notion de genre, celle issue de la Recommandation générale n° 28 du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, qui renvoie « à l'identité, aux attributs et au rôle de la femme et de l'homme, tels qu'ils sont définis par la société, et à la signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques, ce qui engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes et se traduit par une répartition du pouvoir et des droits favorable aux hommes et désavantageuse pour les femmes »<sup>8</sup>. Il faut néanmoins souligner que cette définition retenue par le législateur français ne rend pas forcément compte de la polysémie de la notion de « genre ». Or, afin d'analyser le potentiel révolutionnaire du concept de genre, il convient de préciser ses différentes acceptions.
- 4 Le genre peut être défini dans un premier temps comme « sexe social », au sens de sexe socialement et culturellement construit et dès lors marqué par un rapport de pouvoir, qui s'oppose au sexe biologique ou anatomique. Le terme « genre » a d'abord été employé par le sexologue John Money à partir de 1955 pour désigner le « sexe psychologique », afin d'établir les processus de construction des rôles de genre, du féminin et du masculin, à partir de l'étude de cas « pathologiques » : les hermaphrodites<sup>9</sup>. Selon Money, ces personnes, qui présentent une ambiguïté sexuelle c'est-à-dire que leur morphologie, leurs organes reproducteurs internes, ou leur

fonctionnement hormonal, ne permettent pas d'identifier le sexe de l'individu), doivent être réassignées, par une opération chirurgicale, à l'un ou l'autre sexe, grâce au « sexe d'élevage » qui constitue le rôle de genre (issu de l'éducation, de l'environnement social). Ce dernier prime dès lors sur le sexe biologique, en ce qu'il sert de norme permettant de déterminer à quelle catégorie, homme ou femme, l'individu doit être assigné le plus tôt possible. Le concept de genre permet dans cette acception un « travail médical de normalisation », construisant et renforçant les identités et les rôles masculins et féminins<sup>10</sup>. Le psychiatre et psychanalyste Robert Stoller a repris cette définition du genre lors de ses travaux sur le transsexualisme dans les années soixante<sup>11</sup>. Il développe à partir de cette définition la notion « d'identité de genre », c'est-à-dire la conviction d'appartenir à l'un ou l'autre sexe, et conçoit le transsexualisme comme la volonté d'appartenir à l'autre sexe que celui attribué à la naissance, qui se traduit par une demande persistante d'opération hormono-chirurgicale de réassignation, dans le but de changer de sexe. Si cette conception accorde certes une place déterminante à la volonté individuelle dans la constitution du genre, il convient néanmoins de souligner que le concept de genre est à nouveau utilisé, comme chez Money, dans le but de normaliser la situation des transsexuels, afin que leur sexe biologique corresponde, grâce à une telle opération, à leur identité de genre.

- 5 Au cours des années soixante-dix, le concept de genre, toujours entendu comme « sexe social », et la distinction entre le sexe et le genre, ont été réappropriés par certaines féministes, comme Ann Oakley, en tant qu'outils critiques et armes politiques, afin de dénoncer le processus de naturalisation de la différence des sexes, et de la « condition féminine », qui tend à légitimer les inégalités entre hommes et femmes. Le concept de genre renvoie dès lors aux « rôles sociaux de sexe », à la construction socioculturelle des identités féminine et masculine, hiérarchisées au détriment des femmes : l'exclusion (en France jusqu'en 1944) des femmes de la jouissance des droits politiques (sphère publique) en référence à leur prédétermination « naturelle » à la sphère domestique (sphère privée) en est un exemple significatif. La théorie féministe évoque ainsi le « sexage », autrement dit « la domination patriarcale et sa reproduction par les processus de différenciation qui construisent le féminin et le masculin dans chaque société connue »<sup>12</sup>. Cette première acception du concept de genre laisse par conséquent supposer l'existence, au-delà des différences entre les hommes et les femmes socialement construites, « d'une différence biologique donnée, d'une nature pré-sociale »<sup>13</sup>, sans interroger la notion même de sexe biologique. Dans ce cas, le sexe précède le genre, en ce qu'il demeure pensé en dehors de la construction sociale.
- 6 Or, l'évolution des théories constructivistes a conduit à concevoir que le sexe anatomique ou biologique est aussi construit par la culture et notamment par le droit, « la compréhension des corps et des comportements [étant] toujours historique et située »<sup>14</sup>. Ainsi, à partir des années quatre-vingt, certaines théoriciennes féministes, dont la sociologue Christine Delphy, ont remis en question la distinction sexe/genre<sup>15</sup>. Le genre ne désigne plus seulement la construction sociale du masculin et du féminin, mais il permet de concevoir, dans une seconde acception, le processus même de division des individus en deux catégories sexuées. Comme l'affirme la philosophe Judith Butler : « le genre ne devrait pas être conçu principalement comme l'inscription du sens sur le sexe préalablement donné [...]. Il désigne le processus même de production par lequel les sexes sont eux-mêmes établis »<sup>16</sup>. Le genre devient ainsi le diviseur hiérarchisant, le dispositif d'identification, d'assignation à un sexe biologique et à un sexe social<sup>17</sup>. C'est sur ce point que l'on peut analyser le genre comme un réel

changement de paradigme dans la pensée de la différence des sexes : le genre précède le sexe en ce que ce sont les rapports de pouvoirs et la norme sociale issue de ces rapports inégaux, qui génèrent la classification sexuée des individus<sup>18</sup>. Le concept de genre révèle par conséquent le « caractère arbitraire et conventionnel » de la bicatégorisation sexuée, en mettant en évidence « le savoir qui organise nos perceptions de nature »<sup>19</sup>. En effet, le genre en tant qu'objet d'analyse, constitue, selon cette approche, le pouvoir de faire apparaître comme naturelle, « dans l'ordre des choses », la division sexuée, qui se passe dès lors de justification. Le « rapport social de domination » évoqué par Pierre Bourdieu, au fondement de ce système d'opposition et de hiérarchisation entre les sexes, est ainsi dissimulé par l'ordre social, y compris par le système juridique (« machine symbolique »<sup>20</sup>), qui pose comme naturelle, évidente, préconstruite et non-contestable, la bicatégorisation sexuée : « les apparences biologiques et les effets qu'a produit, dans les corps et dans les cerveaux, un long travail collectif de socialisation du biologique et de biologisation du social se conjuguent pour renverser la relation entre les causes et les effets et faire apparaître une construction sociale naturalisée (les 'genres' en tant qu'*habitus* sexués) comme le fondement en nature de la division arbitraire qui est au principe [...] de la réalité »<sup>21</sup>. Selon cette conception, la référence à la différence biologique et aux différences anatomiques sert de justification évidente, naturelle de la différence entre les sexes (socialement construite) et produit en même temps, de façon circulaire, un travail de construction des corps « comme réalité sexuée »<sup>22</sup>. Le genre fonctionne ainsi à travers un « travail de sexuation des corps », issu d'un « rapport social inégal par lequel les corps sont appréhendés et normalisés en tant que corps sexués (féminin ou masculin) »<sup>23</sup>. En tant que catégorie d'analyse et d'outil critique, le concept de genre a par conséquent permis de rendre compte des processus conventionnels (notamment juridiques) et non naturels de différenciation entre le masculin et le féminin, entre les hommes et les femmes, provoquant ce que Pierre Bourdieu a qualifié de « révolution dans la connaissance »<sup>24</sup>. Celle-ci a pu conduire à remettre en cause ces processus de « manipulation mécanique des corps »<sup>25</sup>, susceptibles, nous le verrons, de créer des inégalités entre les individus, touchant notamment les personnes transsexuelles, intersexuées ou homosexuelles.

- 7 La polysémie de la notion de « genre » révèle dès lors son ambiguïté<sup>26</sup> : en tant qu'objet d'analyse, le genre désigne à la fois le processus de naturalisation, de bicatégorisation sexuée, issu de rapports de pouvoir, ainsi que le produit de cette division : la construction de rôles sociaux différenciés et hiérarchisés. En tant qu'outil d'analyse et outil critique, il désigne un champ scientifique qui met en évidence le processus de différenciation hiérarchisée des sexes (« théories du genre ») et un mouvement politique destiné à remettre en cause ce processus, les deux champs n'étant pas exclusifs l'un de l'autre (on peut penser aux théories *queer* qui analysent à la fois le rôle performatif du genre dans la construction des identités et des corps et s'attachent à « défaire » le genre<sup>27</sup>). L'ambiguïté réside en ce que les défenseurs du genre comme champ scientifique et outil critique, dénoncent en même temps le genre comme processus de catégorisation, ce qui peut parfois conduire à quelques confusions dans les discours politiques.
- 8 Cette mise au point sémantique nous conduit à réaliser un parallèle entre le genre et le droit. Ce dernier est en effet, comme le genre, un processus de différenciation, de catégorisation des individus, qui permet aux législateurs et aux juges, par l'opération de qualification, de faire découler certaines conséquences juridiques de l'appartenance

à telle ou telle catégorie<sup>28</sup>. Le droit peut dès lors être appréhendé comme un outil de classification, et en particulier de classification des personnes selon le sexe. Mais parallèlement, le droit – et singulièrement de droit de la non-discrimination – vise à sanctionner certaines catégorisations qu'il qualifie de discriminations et notamment les discriminations fondées sur le sexe (article 225-1 du Code pénal). Ainsi, le droit de la non-discrimination a-t-il conduit à remettre en cause le processus de différenciation des sexes, en somme le genre, dans les normes juridiques et dans le comportement des acteurs sociaux, assimilant l'égalité à l'indifférenciation selon le sexe<sup>29</sup>. Dès lors, le droit de la non-discrimination a permis, comme le concept de genre en tant qu'outil critique, de qualifier d'arbitraires et d'illégitimes certains processus de différenciation, certaines inégalités jusqu'alors considérées comme naturelles, telles que l'incapacité juridique de la femme mariée (supprimée par les lois des 18 février 1938<sup>30</sup> et 22 septembre 1942<sup>31</sup>) ou l'inégalité salariale (remise en cause par la loi du 22 décembre 1972<sup>32</sup>, la loi du 4 août 1982 dite « Auroux »<sup>33</sup> et la loi du 13 juillet 1983<sup>34</sup>).

- 9 Si le parallèle entre le concept de genre et le droit de la non-discrimination est certain, il convient d'approfondir leur imbrication en s'interrogeant sur l'apparition du terme « genre » au sein des normes juridiques relatives à l'égalité et à la lutte contre les discriminations. En effet, on peut présupposer qu'un changement de vocabulaire – ici l'utilisation du terme « genre » à la place de celui de « sexe » – signale un « glissement de paradigme »<sup>35</sup> quant à la compréhension par les acteurs juridiques des phénomènes discriminatoires et plus largement du processus de différenciation des individus selon le sexe. Mais l'utilisation du terme « genre » signifie-t-il que le droit de la non-discrimination a intégré le concept dans toutes ses acceptions, et notamment dans sa compréhension la plus révolutionnaire ?
- 10 Il s'agira de montrer que l'appréhension du concept de genre par certains acteurs juridiques a permis de renouveler l'approche jusqu'alors mise en œuvre en matière de discriminations, en considérant comme discriminatoire l'attribution de certains rôles sociaux aux hommes et aux femmes, qui a historiquement conduit à désavantager les femmes par rapport aux hommes en termes de jouissance des droits. Cette évolution a conduit également à renouveler l'interprétation du principe d'égalité, dans une perspective transformative des rapports sociaux entre les hommes et les femmes. Mais bien que la dimension du genre soit appréhendée dans sa première acception (rôles sociaux sexués), afin de repenser les inégalités entre les hommes et les femmes (I), le genre entendu comme processus de production des sexes et de normalisation des corps demeure écarté d'une réflexion en termes de discrimination (II). Par conséquent, la dimension révolutionnaire du concept de genre, qui invite à repenser et à remettre en cause le processus de différenciation des sexes dans une perspective constructiviste, n'est pas prise en compte par le droit, contrairement à ce que laissent supposer les opposants aux « théories du genre », auteurs de la proposition de résolution précitée<sup>36</sup>.

## I. Les évolutions du droit de la non-discrimination liées à la prise en compte du genre

- 11 Le droit de la non-discrimination fait désormais référence au « genre », dans la première acception du terme, en prenant en compte le sexe social et les rôles sociaux de sexe issus de rapports de pouvoirs. Ce glissement sémantique traduit en effet la volonté de certains acteurs juridiques de repenser le phénomène discriminatoire, en

intégrant l'identité de genre comme critère de discrimination (A) et en remettant en cause l'attribution de certains rôles aux hommes et aux femmes qui a conduit, historiquement, à désavantager ces dernières (B).

## A. L'identité de genre comme critère de discrimination

- 12 Le droit français n'intègre pas « l'identité de genre » comme critère de discrimination prohibé à l'article 225-1 du Code pénal, les parlementaires ayant préféré lui substituer celui « d'identité sexuelle », moins polémique<sup>37</sup>. Cependant, une évolution en ce sens paraît s'amorcer, sous l'impulsion des institutions internationales<sup>38</sup>, de l'Union européenne<sup>39</sup> et du Conseil de l'Europe<sup>40</sup>, qui appellent à la reconnaissance d'un tel critère de discrimination par les Etats. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, a ainsi fait part d'une prochaine révision des Directives de l'Union européenne relatives aux discriminations<sup>41</sup>, afin d'y inclure l'identité de genre comme motif de discrimination<sup>42</sup>. Dès lors, comme le souligne la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) : « L'introduction du critère d'identité de genre dans la législation permettrait de mettre le droit français en conformité avec le droit européen et international »<sup>43</sup>, en évitant la confusion entre, d'une part, les discriminations touchant à l'identité des personnes transsexuelles, transidentitaires et transgenres et, d'autre part, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle des individus. En effet, l'identité de genre peut être définie, selon ces instances, comme « l'expérience intime et personnelle profonde que chaque personne a de son genre, qu'elle corresponde ou non à son sexe de naissance, y compris la conscience personnelle du corps et les différentes formes d'expression du genre, comme l'habillement, le discours et les manières »<sup>44</sup>. La Haute autorité de santé énonce en ce sens que « la théorie des genres [...] renforce la dissociation entre le corps, les dispositions psychiques et le désir » et sépare « les processus de sexuation et d'identité de leur support organique »<sup>45</sup>. Le genre, qui « intègre les aspects sociaux de la différence des genres », est ainsi distingué du sexe biologique et renvoie à la construction sociale et notamment individuelle, de l'identité sexuée.
- 13 De ce point de vue, l'identité de genre peut être assimilée au sexe psychosocial, dont la reconnaissance par les juridictions françaises a déjà permis, depuis les années quatre-vingt-dix, de faire évoluer les droits des transsexuels<sup>46</sup>. En effet, en l'absence de définition juridique textuelle du sexe et sous l'impulsion des juridictions européennes, les juridictions civiles françaises ont élargi la définition du sexe pour y inclure le sexe psychosocial de l'individu, au-delà du sexe biologique renvoyant au sexe anatomique (organes sexuels internes), au sexe génétique et au sexe hormonal<sup>47</sup>. Avant 1992, lors des contentieux liés aux demandes de changement de sexe juridique par des personnes transsexuelles, par des actions en rectification de l'état civil, la jurisprudence traditionnelle refusait d'admettre la mutabilité du sexe biologique de naissance après opération chirurgicale, en invoquant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>48</sup>. Les juges n'accordaient alors aucun rôle à la volonté individuelle et à l'environnement social dans la définition du sexe, refusant de faire droit aux demandes des transsexuels et de reconnaître juridiquement la modification du sexe de naissance en vue de correspondre au genre de l'individu<sup>49</sup>. Cette solution a été abandonnée en 1992 suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *B c/ France*<sup>50</sup>. La Cour a estimé en effet que la solution retenue par les juges français constituait une violation du droit au respect de la vie privée (article 8

de la Convention) qui protège « la sphère personnelle de chaque individu et lui garantit le droit d'établir les détails de son identité d'être humain »<sup>51</sup>. La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en reconnaissant le droit pour les personnes transsexuelles, sous certaines conditions, de voir rectifiée la mention de leur sexe à l'état civil, afin que celui-ci corresponde à leur sexe psychosocial<sup>52</sup>. Les juges judiciaires ont dès lors adopté la solution des juges européens non seulement sur le fond, mais également sur la forme, en abandonnant un raisonnement sur le terrain de l'indisponibilité de l'état des personnes pour suivre la Cour européenne sur le terrain du droit au respect de la vie privée<sup>53</sup>. Sans retenir la notion d'identité de genre, les juges français ont ainsi admis, dès 1992, la pluralité des définitions du sexe avec l'existence de la dimension psychosociale de ce dernier, et le rôle, certes restreint, de la volonté individuelle dans la détermination de son identité sexuée, domaine de la vie privée.

- 14 La prise en compte de la volonté individuelle dans la détermination du sexe a par conséquent conduit à deux évolutions du point de vue des droits des transsexuels. D'une part, l'opération chirurgicale de transformation des organes sexuels a été admise comme licite à la condition de démontrer une « nécessité thérapeutique » (article 16-3 du Code civil)<sup>54</sup>, ce qui implique donc de contrôler médicalement l'existence d'un syndrome transsexuel par des bilans endocrino-chirurgicaux et psychiatriques. Dans ce cas, l'opération n'est pas constitutive d'une violence entraînant une mutilation punie par l'article 222-9 du Code pénal<sup>55</sup>. Par ailleurs, les frais médico-chirurgicaux relatifs à l'opération de changement de sexe sont remboursés par la Sécurité sociale, ce qui permet un accès effectif à l'autodétermination de son sexe, mais là encore sous réserve de l'appréciation de la réalité du syndrome par des psychiatres, endocrinologues et chirurgiens<sup>56</sup>. D'autre part, comme énoncé précédemment, l'état civil doit être modifié afin de rendre compte de l'identité sexuée déterminée par l'individu<sup>57</sup>. Cependant, la volonté individuelle est ici considérablement encadrée par les conditions imposées par les juges français et non remises en cause par le juge européen. En effet, l'arrêt de 1992 prévoyait une expertise judiciaire qui devait constater médicalement le syndrome transsexuel : l'individu devait avoir pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe<sup>58</sup>, son comportement social devait correspondre à celui du sexe revendiqué et, surtout, la rectification de l'état civil ne pouvait être admise qu'après un traitement médico-chirurgical de réassignation sexuelle<sup>59</sup>. Depuis plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation le 7 mars 2012<sup>60</sup> et le 13 février 2013<sup>61</sup>, seules deux conditions sont maintenant exigées : le diagnostic du transsexualisme et l'irréversibilité de la transformation de l'apparence physique. Mais même si l'irréversibilité peut désormais être acquise par traitement hormonal et non plus nécessairement par opération chirurgicale, elle demeure une condition imposant la stérilité du demandeur. Il existe par ailleurs une insécurité juridique et une rupture d'égalité constituées par les divergences d'appréciation entre les tribunaux au regard de l'appréciation des critères jurisprudentiels (et notamment de la notion d'irréversibilité) à remplir en vue d'une modification de l'état civil (de la stérilisation par traitement hormonal jusqu'à l'opération chirurgicale)<sup>62</sup>.
- 15 Or, la difficulté d'accès à la modification de l'état civil est aujourd'hui contestée par les instances européennes et françaises susmentionnées. L'intégration de la notion d'identité de genre en droit français permettrait, selon elles, de rendre compte des discriminations que subissent les personnes transidentitaires. Il ne s'agirait plus de la simple reconnaissance de la dimension psychosociale du sexe, comme dans les années

quatre-vingt-dix, mais bien de la condamnation de certains traitements imposés aux personnes transidentitaires au regard du droit de la non-discrimination. Le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe énonce ainsi que les opérations chirurgicales ou les traitements hormonaux sont « de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne »<sup>63</sup>. De tels traitements, entraînant la stérilité, portent en outre atteinte au droit des individus à fonder une famille. Il souligne également les conséquences discriminatoires liées à la difficulté d'accès et à la longueur des procédures de changement de la mention du sexe et du nom à l'état civil<sup>64</sup>. En effet, le sexe et le nom mentionnés sur les papiers d'identité des individus en phase de reconversion sexuelle ne correspondent pas forcément à l'apparence physique de la personne, ce qui pose par exemple des difficultés au regard de l'accès à l'emploi et des conditions de vie sur le lieu de travail, les situations de harcèlement et de violence étant fréquentes<sup>65</sup>.

- 16 L'appréhension de la notion d'identité de genre souligne par conséquent la volonté croissante de certains acteurs juridiques de faire du genre un choix individuel, notamment en simplifiant la procédure de changement de sexe à l'état civil<sup>66</sup>, que certains auteurs ne manquent pas de qualifier de « nouveau désordre juridique »<sup>67</sup>. En premier lieu, les instances du Conseil de l'Europe et la CNCDH recommandent au législateur français la démedicalisation de la procédure, d'abord par le retrait de la condition liée à l'établissement du diagnostic de « syndrome de dysphorie de genre » qui tend à « valider une pathologisation de la transidentité, bien que les troubles de l'identité de genre aient été retirés de la liste des affections psychiatriques par un décret datant du 8 février 2010 »<sup>68</sup>. Il s'agirait également de mettre fin à la condition d'irréversibilité de l'apparence physique, par opération chirurgicale ou traitement hormonal entraînant la stérilité, reconnue par une expertise médicale<sup>69</sup>. En effet, cette condition tend à exclure la reconnaissance des transgenres, définis par la circulaire du 14 mai 2010 comme des individus « n'ayant pas subi l'opération de mise en conformité de leurs organes génitaux avec le sexe revendiqué »<sup>70</sup>, ceux-ci ne souhaitant pas forcément subir une opération de réassignation sexuelle<sup>71</sup> : « si pour certains, cette opération est fondamentalement nécessaire, pour d'autres elle ne l'est devenue que parce que c'est le seul moyen d'obtenir la reconnaissance juridique de leur identité sexuée »<sup>72</sup>. Contraindre des individus à subir un traitement aussi lourd et une opération chirurgicale aussi risquée, longtemps assimilée à une mutilation du point de vue du droit pénal, porte une atteinte significative à leur intégrité physique. L'abandon de la condition de modification du sexe biologique signifierait une évolution majeure, en ce que l'identité de genre fondée sur la volonté individuelle serait alors l'unique critère de détermination du sexe juridique des individus transidentitaires<sup>73</sup>.
- 17 Néanmoins, les propositions de simplification n'ont pas été jusqu'à prôner une complète déjudiciarisation de la procédure, par l'instauration d'une simple déclaration devant l'officier d'état civil (solution adoptée par le législateur argentin le 23 mai 2012), qui aurait conduit à effacer le rôle du juge dans la décision individuelle du changement de sexe. Certains préconisent une solution intermédiaire, la déjudiciarisation partielle de la procédure<sup>74</sup> ; la personne intéressée présenterait une demande de modification de la mention du sexe à l'état civil faite à l'officier d'état civil, devant deux témoins attestant de la bonne foi de la demande ; cette dernière serait par la suite transmise au président du Tribunal de grande instance compétent pour l'homologuer (son refus ne pourrait être lié qu'au caractère « *manifestement frauduleux* » de la demande). Par conséquent, il n'est pas encore question d'un droit absolu à la reconnaissance juridique

de l'identité de genre, la procédure étant soumise au contrôle du juge, à qui reviendra en dernière instance la décision de déterminer l'identité de genre du demandeur, qui devra correspondre au sexe juridique revendiqué.

- 18 On peut questionner la nécessité d'introduire la notion « d'identité de genre » dans le droit de la non-discrimination, puisqu'il existe déjà des outils juridiques permettant de sanctionner les discriminations touchant les personnes transsexuelles, par l'extension de la prohibition des discriminations fondées sur le sexe<sup>75</sup>. La notion « d'identité de genre » permet toutefois de mettre en évidence l'idée que l'identité sexuée est un construit social, dans lequel la volonté individuelle joue un rôle essentiel, volonté de plus en plus protégée sur le terrain du droit de la non-discrimination.
- 19 La construction sociale des identités sexuées est également prise en compte par le droit de la non-discrimination à travers la lutte contre les stéréotypes de genre.

## B. Les stéréotypes de genre comme discriminations

- 20 Le terme de « genre » est désormais inscrit dans nombre de politiques publiques et d'instruments juridiques internationaux<sup>76</sup>, européens<sup>77</sup> et français<sup>78</sup>, de lutte contre les discriminations, pour signifier notamment la remise en cause de stéréotypes de genre, fondés sur des pratiques sociales naturalisées.
- 21 Dans ce cas, les acteurs juridiques prennent en compte le concept de « genre » dans sa première acception, comme la construction sociale des identités sexuées et des rôles sociaux de sexe, hiérarchisés car ayant conduit historiquement à désavantager les femmes par rapport aux hommes en termes de jouissance des droits. En somme, il s'agit de considérer comme discriminatoires des différences autrefois considérées comme évidentes et naturelles, en luttant contre les croyances sociales qui sont au fondement de ces discriminations : les stéréotypes de genre<sup>79</sup>. Ceux-ci peuvent être définis comme « les constructions sociales et culturelles différenciant les hommes et les femmes sur la base de critères physiques, biologiques, sexuels et de fonctions sociales qui seraient propres aux hommes ou aux femmes »<sup>80</sup>. L'appréhension des stéréotypes de genre par le droit permet ainsi de repenser les discriminations, dans une perspective structurelle, comme issues d'un ordre social qui organise les représentations des rôles sexués, intégrés inconsciemment par chaque individu, des « structures incorporées » pour reprendre les mots de Pierre Bourdieu<sup>81</sup>. Dès lors, cette conception semble se départir d'une approche strictement individuelle des discriminations, fondée sur l'intention discriminatoire : les inégalités de genre sont structurelles en ce qu'elles prennent leur racine dans les représentations sexuées et manifestent la prégnance de la domination masculine<sup>82</sup>. La lutte contre les stéréotypes de genre est donc érigée en clef de voûte de la politique de lutte contre les discriminations, notamment dans le Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Par exemple, il est convenu d'un objectif d'élimination de telles représentations dans le milieu scolaire, qui conduisent à l'assignation de parcours scolaires et professionnels en fonction du sexe de l'individu et cantonnent les femmes à des secteurs d'activités moins rémunérateurs.
- 22 Cependant, certains auteurs, à l'instar de Janet Halley, préconisent d'éviter la « paranoïa structuraliste », qui consisterait à penser tous les rapports entre les hommes et les femmes et tous les rôles sociaux sexués dans une logique de domination<sup>83</sup>. De ce point de vue, le droit de la non-discrimination n'entend pas remettre en cause tous les stéréotypes de genre, mais seulement ceux qui créent des « hiérarchies dans les

rapports sociaux de sexe » et « conduisent à occulter les caractéristiques ou aspirations personnelles des individus, aboutissant ainsi à méconnaître les droits et libertés »<sup>84</sup>. Certains acteurs juridiques tendent par conséquent à appréhender les stéréotypes de genre dans deux cas : d'une part, sur le terrain contentieux, lorsque des stéréotypes conduisent à dénier un droit à une personne et, d'autre part, en matière législative et de politique publique, dans une optique de transformation des rapports sociaux de sexe, lorsque ceux-ci établissent une hiérarchie entre les hommes et les femmes.

- 23 S'agissant, en premier lieu, du contentieux de la non-discrimination, il convient de préciser que les juridictions françaises ne se réfèrent pas à la notion de stéréotype de genre. Le droit français de la non-discrimination, d'origine essentiellement pénale, tend en effet à exiger la preuve d'une intention discriminatoire de la part de l'auteur de l'acte. Or, l'approche en termes de stéréotypes se départit justement du caractère volontaire du comportement discriminatoire et sanctionne davantage les comportements guidés par des préjugés inconscients. La lutte contre de telles discriminations est apparue sur la scène judiciaire américaine dans les années soixante-dix, par la condamnation sur le fondement du quatorzième amendement de la Constitution des Etats-Unis (*Equal Protection Clause*), du refus d'embauche d'une mère d'enfants en bas âge, alors même que l'employeur avait recruté des hommes ayant des enfants du même âge<sup>85</sup>. La discrimination perpétrée par l'employeur trouve en l'espèce sa source dans le stéréotype de genre, selon lequel le rôle naturel des femmes serait avant tout celui d'être mère au foyer et non celui d'exercer une activité rémunérée hors du foyer. On peut également citer à titre d'exemple l'arrêt de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Price Waterhouse c/ Hopkins* de 1989, dans lequel les juges concluent à une discrimination de la part d'un employeur qui a rejeté la candidature d'une femme pour une promotion en tant qu'associée, en raison de son comportement social agressif, masculin et de son apparence peu féminine<sup>86</sup>. La discrimination est dans ce cas constituée par le traitement juridique moins favorable de l'employée, non pas en raison de son appartenance à un sexe, mais du fait que son comportement social ne corresponde pas au modèle implicite du genre féminin<sup>87</sup>.
- 24 Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de discriminations a également intégré, d'abord sans la nommer, la notion de stéréotypes de genre, lors de contentieux dans lesquels les requérants, le plus souvent masculins, s'étaient vus dénier un droit en raison de la non-conformité de leur situation personnelle aux attentes sociales fondées sur des stéréotypes de genre<sup>88</sup>. Le terme même de « stéréotype » est apparu récemment dans l'arrêt *Konstantin Markin c/ Russie* du 22 mars 2012. En l'espèce, les autorités russes avaient refusé d'accorder un congé parental de trois ans à un homme militaire, père de trois enfants, réservant l'octroi d'un tel congé aux femmes militaires. La Cour constitutionnelle russe avait considéré que la différence de traitement au regard du congé parental entre les hommes et les femmes n'était pas constitutive d'une discrimination, en raison du rôle spécifique des femmes en tant que mères, qui excluait la nécessité de la présence du père pour la prise en charge des enfants. La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord estimé qu'il n'existait pas de différence de situation entre les hommes et les femmes s'agissant des soins apportés aux enfants susceptible de justifier une différence de traitement<sup>89</sup>. Ensuite, la Cour a jugé que le gouvernement russe n'avait pas apporté la preuve d'une justification objective et raisonnable permettant de légitimer la différence de traitement. En effet, selon la Cour, « la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne peut servir à justifier l'exclusion des hommes, y

compris ceux travaillant dans l'armée, du droit au congé parental ; les stéréotypes liés au sexe – telle l'idée que ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent – ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle »<sup>90</sup>. La Cour considère donc comme une discrimination contraire à l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, une différence de traitement fondée sur un stéréotype de genre répartissant les rôles sociaux entre hommes et femmes comme suit : la femme, même militaire, devant prioritairement consacrer son activité au soin des enfants et l'homme militaire, devant en priorité consacrer sa vie à la défense nationale. Mais si le raisonnement de la Cour a permis de condamner sur le terrain de la non-discrimination le déni d'un droit motivé par des stéréotypes de genre, il ne s'agit là que d'un cas d'espèce, certes révélateur de l'évolution du droit de la non-discrimination, mais non-représentatif de la jurisprudence européenne, encore moins de la jurisprudence française, qui demeure liée à une conception formelle des discriminations, détachée de la réalité sociale des inégalités.

- 25 Par ailleurs, l'approche en termes de stéréotype de genre révèle également une ambivalence, en ce qu'elle conduit parfois les acteurs juridiques à supprimer des dispositifs de protection des femmes, fondés sur un constat de la réalité sociale : les femmes assument davantage le soin des enfants au sein de la famille. Supprimer les dispositifs de protection des femmes au nom d'une égalité entendue comme indifférenciation et d'une lutte contre les stéréotypes de genre entre les sexes revient à nier les inégalités réelles qui existent entre les hommes et les femmes, concernant l'attribution des rôles sociaux<sup>91</sup>. Julie Suk relève que le droit américain de la non-discrimination en matière sociale tend à combattre les stéréotypes de genre de façon systématique, en considérant comme discriminatoires, par exemple, les mesures positives protégeant les femmes lorsqu'elles sont enceintes ou donnent naissance à un enfant<sup>92</sup>. Les juges ont développé un raisonnement condamnant les discriminations fondées sur les responsabilités familiales et sur le sexe, lorsque le traitement défavorable du salarié est fondé sur des stéréotypes de genre sous-tendus par l'idée que les femmes qui sont devenues mères ne peuvent être des employées efficaces et que les hommes devenus pères ne sauraient obtenir un congé pour prendre soin de leur enfant<sup>93</sup>. Les employeurs sont donc susceptibles d'être condamnés sur le terrain de la non-discrimination lorsqu'ils échouent à traiter les femmes comme n'importe quel employé sans enfant. Parallèlement, le droit américain (*Family and Medical Leave Act 2006*) ne prévoit aucun congé de maternité, mais seulement un congé médical peu rémunérateur et peu utilisé, qui ne permet pas de distinguer l'incapacité de travailler due à une maladie de celle résultant de la grossesse et des suites de la naissance d'un enfant. Le problème réside alors dans l'assimilation du congé maternité au congé médical. En effet, les coûts entraînés par les abus liés au congé médical sont devenus des arguments contre une potentielle réforme juridique en faveur d'un congé de maternité. En comparant le droit américain de la non-discrimination et le droit français, Julie Suk montre que les stéréotypes de genre peuvent au contraire parfois conduire à des dispositifs favorables à la protection des femmes. L'article L. 1225-16 du Code du travail prévoit ainsi le droit à un congé de maternité de seize semaines, qui contraste significativement avec le congé de paternité prévu seulement pour une durée de onze jours (article L. 1225-35 du Code du travail). Le droit français interdit aux

employeurs de licencier les salariées concernées pendant cette période et de faire travailler les femmes enceintes deux semaines avant l'accouchement et six semaines après la naissance de l'enfant (article L. 1225-17 du Code du travail). Cette approche « paternaliste » repose sur le stéréotype selon lequel les mères doivent « nouer un lien particulier avec l'enfant » et impose par conséquent un congé de maternité obligatoire à cette fin<sup>94</sup>. Mais bien que cette conception renforce les rôles sociaux de sexe et les stéréotypes de genre, elle permet parallèlement aux femmes de concilier leur vie familiale et professionnelle, contrairement au droit américain qui ne prévoit pas une telle protection et ignore ainsi les obstacles auxquels sont confrontés les femmes enceintes et les mères dans la vie professionnelle. Toute la difficulté tient à l'ambivalence de telles mesures de protection, qui sont à la fois fondées sur des stéréotypes de genre défavorables pour les femmes car les confinant dans leur rôle de mère, mais qui visent également à compenser les inégalités de fait auxquelles elles font face, les femmes assumant effectivement ces rôles sociaux. La Cour de justice de l'Union européenne, à l'instar des juges américains, a d'ailleurs elle aussi retenu une approche formaliste, en condamnant sur le terrain de la non-discrimination des mesures visant la protection des femmes (c'est l'exemple de l'interdiction du travail de nuit des femmes qui était prévue à l'article L. 213-1 du Code du travail, puis remise en cause par le législateur en 2001<sup>95</sup>, sous la pression des juges de l'Union européenne<sup>96</sup>).

- 26 La remise en cause des stéréotypes de genre sur le terrain du contentieux de la non-discrimination a par conséquent conduit à des résultats ambivalents en termes d'égalité, ignorant parfois la réalité des rôles sociaux attribués aux hommes et aux femmes. Cette approche de la lutte contre les stéréotypes de genre tend cependant à être enrichie par les politiques publiques françaises et européennes en matière d'égalité, davantage orientées vers la déconstruction de certains rôles sociaux et vers la transformation des rapports sociaux de sexe. Il s'agit dès lors de « tendre non seulement à ouvrir aux femmes l'univers réservés traditionnellement aux hommes, mais aussi, symétriquement, à inviter les hommes à exercer des tâches domestiques ou à remplir des fonctions traditionnellement associées aux femmes »<sup>97</sup>.
- 27 Les politiques publiques françaises et européennes entendent déconstruire les rôles sociaux de sexe, en éliminant par exemple certains stéréotypes présents dans les médias et dans l'éducation. La Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen dénonce ainsi le rôle des médias et en particulier de la publicité, des émissions de télévisions, des clips musicaux et des jeux vidéo, dans la représentation des femmes comme objet de plaisir, « comme objet sexuel pour doper les ventes »<sup>98</sup>, qui conduisent notamment à banaliser la pornographie, en particulier chez les jeunes. Le législateur français est également intervenu, certes timidement, pour lutter contre les stéréotypes sexistes et les images dégradantes des femmes dans les médias, sources de violence envers les femmes. Celles-ci sont en effet considérées comme « un phénomène protéiforme et de grande ampleur, trouvant pour partie ses sources dans les représentations sexistes et patriarcales de la société »<sup>99</sup>. L'article 16 du Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes étend ainsi les compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel (prévues par la loi du 30 septembre 1986), à la fois dans le but d'assurer une juste représentation des femmes dans les programmes des services de communication audiovisuelle, et dans l'optique de lutter contre les stéréotypes sexistes et les images dégradantes des femmes. Cependant, le Projet de loi ne définit pas quelles images peuvent être considérées comme relevant d'un stéréotype sexiste, ce qui laisse une marge de manœuvre importante au CSA pour les identifier et

les combattre. Un amendement prévoyait sur ce point l'interdiction de « toute publicité qui utilisera des représentations dégradantes, dévalorisantes et vexatoires des femmes et des hommes et des rapports entre eux ». En rejetant l'amendement, le gouvernement a été clair : le législateur ne doit pas intervenir dans l'appréciation, qui revient au CSA, d'un stéréotype sexiste ou dégradant pour les femmes, ce qui conduit à limiter la force et la portée du dispositif.

- 28 Le Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes de 2013 prévoit également de lutter contre les stéréotypes de genre, cette fois-ci dans une perspective transformative des rapports sociaux entre les hommes et les femmes. Il s'agit par exemple de remettre à nouveau en cause le stéréotype selon lequel les femmes doivent prendre soin des enfants davantage que les hommes dans la mesure où celui-ci empêche les femmes d'accéder ou de rester sur le marché du travail<sup>100</sup>. Les dispositions relatives à l'égalité professionnelle et à la réforme du complément de libre choix d'activité (CLCA)<sup>101</sup> entendent ainsi assurer un partage plus égalitaire des responsabilités parentales au sein des couples, en prenant acte du fait que les femmes sont en très grande majorité les personnes confrontées à la « conciliation » entre leur vie de famille et leur vie professionnelle, en particulier lors de la naissance des enfants. Les études reprises par le projet de loi révèlent que 40 % des femmes changent de situation professionnelle à la naissance d'un enfant, contre 6 % des hommes, ce qui conduit par la suite à une baisse de salaire qui pénalise ces femmes jusqu'à l'âge de la retraite. La loi tend dès lors à inciter les pères à s'impliquer davantage dans les soins de l'enfant et le travail domestique, afin de permettre aux femmes de poursuivre leur carrière professionnelle ou d'accéder à l'emploi. La réforme consiste à réserver au second parent une part du CLCA, afin d'inciter ce dernier, le plus souvent le père, à prendre le congé parental d'éducation. Les nouvelles dispositions tendent donc à favoriser un retour à l'emploi plus rapide pour les bénéficiaires du congé parental, en réduisant la part du CLCA prise par l'un des parents à six mois (un enfant) ou deux ans et demi (deux enfants ou plus). Cependant, bien que la réforme offre une perspective de transformation des rapports sociaux, celle-ci doit être nuancée : elle ne constitue en effet qu'une simple incitation et ne crée aucun dispositif contraignant ou plus efficace. On pourrait par exemple penser à une modification du congé parental d'éducation, par l'introduction d'une période de congé obligatoire et non-transférable pour chaque parent ou d'un allongement de la durée du congé paternité, qui aurait conduit à renforcer significativement le rôle des pères dans la prise en charge des soins des enfants.
- 29 La volonté de certains acteurs juridiques de transformer les rapports sociaux entre les hommes et les femmes conduirait, selon certains auteurs, à l'émergence d'une égalité « transformative »<sup>102</sup>. Cette perspective de l'égalité tend à dépasser la dichotomie entre, d'une part, l'égalité formelle, fondée sur l'indifférenciation sexuée des normes et, d'autre part, l'égalité substantielle, fondée sur leur différenciation dans le but de remédier aux inégalités factuelles, par des actions positives. Il s'agit plutôt de redéfinir les rôles sociaux en valorisant dans la société les fonctions dévolues traditionnellement aux femmes, comme le soin des enfants, de sorte qu'elles soient partagées entre les hommes, les femmes et la société.
- 30 Le droit de l'égalité et de la non-discrimination semble donc évoluer vers la prise en compte de la dimension structurelle des inégalités de genre, liée à la persistance, au sein des consciences et des institutions, des représentations de rôles sociaux

différenciés et hiérarchisés entre les hommes et les femmes<sup>103</sup>. L'apparition du terme « genre » dans les discours politiques et juridiques traduit dès lors à la fois une remise en cause de certains rôles sociaux attribués aux hommes et aux femmes et des stéréotypes qui les construisent, ainsi que la volonté de transformer les rapports sociaux de sexe.

- 31 Lorsque le droit de l'égalité et de la non-discrimination fait référence au terme « genre », il renvoie par conséquent à la définition du genre comme sexe social, c'est-à-dire, d'une part, à la construction sociale et notamment individuelle de son identité sexuée (identité de genre) et d'autre part, aux rôles sociaux attribués aux hommes et aux femmes incorporés dans nos préjugés inconscients (stéréotypes de genre). Mais il convient de nuancer cette évolution : bien que la prise en compte de cette dimension du concept de genre permette de repenser le phénomène discriminatoire de façon plus complexe, cette nouvelle approche n'est pas encore intégrée de façon solide dans le droit français. On peut penser notamment à la résistance française quant à l'introduction de la notion « d'identité de genre » comme motif de discrimination, malgré l'impulsion européenne en ce sens, ou à la difficulté des juridictions à concevoir les stéréotypes de genre comme des discriminations.
- 32 La résistance quant à l'introduction du concept de genre en droit français, présente dans les discours politiques s'opposant à la théorie du genre, traduit la crainte de la suppression de la différence entre les sexes, de la disparition des catégories « hommes » et « femmes ». Or, ces craintes sont infondées car si le droit de la non-discrimination commence à prendre en compte le concept de genre dans sa première acception (rôles sociaux de sexe issus d'un rapport de domination) pour repenser les discriminations, il ne tend pas à remettre en cause le genre dans sa deuxième acception, c'est-à-dire le genre comme système de division. Ainsi, la dimension la plus révolutionnaire du concept de genre, qui remet en cause le paradigme de la différence et de la binarité des sexes (« binarity sex paradigm »<sup>104</sup>), est écartée par les acteurs politiques et juridiques<sup>105</sup>.

## II. La persistance du genre comme dispositif de division des sexes, comme processus de normalisation

- 33 L'article 225-1 du Code pénal définit comme discriminatoire « toute distinction opérée entre les personnes physiques en raison de leur sexe ». Cependant, le droit opère lui-même une distinction des personnes en raison de leur sexe dès leur naissance, en assignant les individus aux catégories « homme » ou « femme ». Pourtant, ce système de bicatégorisation sexué, c'est-à-dire le genre dans sa seconde acception, n'est pas remis en cause ni même questionné par les acteurs du droit de la non-discrimination<sup>106</sup>. Si l'idée de la différenciation des sexes comme discrimination demeure impensée, c'est que la différence des sexes apparaît, nous le verrons, comme une évidence naturelle et nécessaire. Christine Delphy met en évidence ce « raisonnement naturaliste » : « On continue de penser le genre en termes de sexe, de l'envisager comme une dichotomie naturelle [...]. Pour la plupart des auteurs, la question des rapports entre sexe et genre est : à quel type de classification – forte ou faible, égalitaire ou inégalitaire – le sexe donne-t-il naissance ? Cette question n'est jamais : pourquoi le sexe donnerait-il lieu à

une classification quelconque [...]. On veut abolir la hiérarchie, mais on refuse de remettre en cause la distinction entre les sexes »<sup>107</sup>.

- 34 Le droit de la non-discrimination demeure, par conséquent, hermétique à la dimension la plus révolutionnaire du genre, non pas celle qui remet en cause les rôles sociaux de sexe hiérarchisés et naturalisés, mais celle qui entend interroger le fondement même de la bicatégorisation sexuée, le système constitutif de la différence des sexes (A). La différence des sexes n'est pas appréhendée comme le produit d'une construction sociale auquel le droit participe, ce qui tend à essentialiser les catégories « hommes » et « femmes ». Or, une révolution du droit de la non-discrimination pourrait emprunter la voie d'une redéfinition de ces catégories dans une perspective constructiviste<sup>108</sup>, c'est-à-dire non pas comme des catégories naturelles que le droit prend en compte, mais comme des catégories artificielles, malléables au gré des objectifs du droit de l'égalité (B).

## A. Le maintien d'un dispositif d'assignation sexuée

- 35 Le genre désigne, dans sa deuxième acception, le dispositif d'assignation des individus à deux catégories sexuées, hommes ou femmes. Le genre, dans ce cas, précède le sexe en ce qu'il le constitue : « C'est le genre qui crée : autrement dit, qui donne un sens à des traits physiques qui, pas plus que le reste de l'univers physique, ne possède de sens intrinsèque »<sup>109</sup>. Il renvoie également au processus de naturalisation de cette division, c'est-à-dire aux discours et techniques qui conduisent à penser cette différence comme évidente, immuable, comme allant de soi, ce que certains auteurs ont nommé « ordre symbolique »<sup>110</sup> et dont le droit est un élément essentiel. En effet, les juristes conçoivent traditionnellement l'opération de qualification et de classification des catégories, telles que les catégories « sexe masculin » et « sexe féminin », comme « la détermination de la nature d'une chose afin de lui appliquer un régime spécifique »<sup>111</sup>. Dans la conscience juridique, les catégories de personnes sont saisies et non pas construites par le droit. Mais si le droit prétend « dire le vrai », « c'est [bien] le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en homme ou en femme, instrumentalise la différence des sexes »<sup>112</sup>. Le droit est de ce point de vue un instrument de pérennisation du genre, en ce qu'il maintient un dispositif d'assignation des individus à un sexe (1), tout en fondant cette bicatégorisation sexuée sur un ordre naturel (2).

### 1. Le dispositif de bicatégorisation sexuée

- 36 A la naissance de chaque individu, le droit impose l'identification du sexe juridique de l'enfant, déterminé dans les trois jours par les parents sur conseils de l'officier d'état civil et des médecins en cas d'ambiguïté sexuelle<sup>113</sup>, afin de le classer dans une des deux catégories prévues par le droit et de permettre ainsi l'acquisition de sa personnalité juridique. Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose ainsi que « l'acte de naissance énoncera [...] le sexe de l'enfant », sans pour autant définir ce que recouvre le mot « sexe ». La lecture d'autres textes législatif et de la jurisprudence<sup>114</sup> indique cependant la dualité des sexes (les « deux sexes »<sup>115</sup> ou « l'un et l'autre sexe »<sup>116</sup>), en se référant parfois explicitement à l'homme et la femme<sup>117</sup>. Ainsi, « le modèle bisexué postule l'existence de deux sexes dont nul ne peut sortir et en dehors duquel nul ne peut trouver sa place »<sup>118</sup>.

- 37 Ce dispositif d'assignation à l'un ou l'autre sexe peut néanmoins apparaître comme un construit social, arbitraire, conventionnel, dans le sens où la détermination du sexe de l'individu implique de faire des choix quant aux critères retenus pour définir le sexe<sup>119</sup>. Le choix effectué par les acteurs juridiques pour opérer une telle bicatégorisation entre les individus repose sur des données biologiques. Le droit procède dès lors à une interprétation des données biologiques dans le but de maintenir une classification binaire des sexes. Cependant, lorsque l'on se réfère aux données biologiques, cette classification binaire ne repose sur aucun critère stable. Les multiples critères biologiques retenus par les médecins et la jurisprudence pour définir le sexe ne permettent pas de certifier avec exactitude l'existence de deux sexes. L'examen du sexe phénotypique ou morphologique, autrement dit des organes sexuels externes (pénis chez les hommes, vagin chez les femmes), à la naissance de l'enfant, ne permet pas toujours de déterminer son sexe. D'autres critères sont dans ce cas utilisés. Il s'agit en premier lieu du sexe anatomique, défini par l'examen des organes sexuels internes (gonades), la prostate et les testicules renvoyant au sexe masculin et les ovaires et l'utérus au sexe féminin. Mais ce type d'examen ne s'avère pas infaillible en ce que les organes génitaux peuvent se révéler non identifiables ou présenter des caractéristiques des deux sexes<sup>120</sup>. Le critère du sexe génétique est dans ce cas utilisé : le sexe chromosomique est déterminé par la présence des chromosomes XY chez les hommes et la présence de chromosomes XX chez les femmes. Mais là encore, certains individus peuvent présenter des mosaïques génétiques, définies par l'existence de génotypes différents (mâles et femelles) dans différentes cellules au sein d'un même individu. Les expertises peuvent enfin se référer au sexe hormonal, qui influe sur les autres caractéristiques sexuelles, en dosant le taux hormonal sanguin ou en injectant des hormones mâles (testostérone) et femelle (œstrogène) afin de tester si l'organisme réagit plutôt aux premières ou aux secondes<sup>121</sup>, sachant que tout individu possède les deux types d'hormones au sein de son organisme. Il n'existe donc aucun critère infaillible pour déterminer le sexe de l'individu et, surtout, l'examen de ces critères démontre la complexité du processus biologique de sexuation des individus, qui atteste de l'artificialité de la bicatégorisation. On peut dès lors s'interroger sur les raisons de la persistance d'une classification entre deux sexes en droit, qui prétend reposer sur des données biologiques, alors même que la biologie échoue à établir des critères fiables de division binaire, malgré la tentative de dépasser la « crise des identités sexuées »<sup>122</sup>. D'autant plus que la bicatégorisation sexuée tend à l'exclusion des individus présentant une mixité dans leurs caractères sexuels : les intersexes<sup>123</sup>, situation qui n'a pourtant rien d'exceptionnel<sup>124</sup>. Dès lors que l'on constate qu'il est impossible de classer clairement tous les individus comme étant homme ou femme, la bicatégorisation sexuée, selon les critères retenus par les juges, s'avère dans ce cas peu pertinente<sup>125</sup>. Comme l'affirment Francis Hamon et Michel Troper : « Une classification est mauvaise, si elle empêche un classement rationnel, soit parce qu'il serait impossible de classer tous les objets, soit parce certains objets appartiendraient aux deux classes à la fois »<sup>126</sup>. La situation des intersexes permet en tout état de cause de dévoiler la construction sociale du modèle binaire des sexes, le genre comme système de division, ainsi que ses écueils.
- 38 La norme au fondement de cette classification n'est jamais questionnée du point de vue du droit de la non-discrimination. Le droit refuse ainsi les situations d'ambiguïté sexuelle, notamment l'intersexualisme et le transsexualisme, situations considérées comme contraires à la norme binaire et devant être rectifiées<sup>127</sup>. L'exigence de

bicatégorisation sexuée sous-tendue par le droit conduit par conséquent à un « travail de sexuation des corps » ou de « manipulation mécanique des corps »<sup>128</sup>, désignant les techniques médicales utilisées afin de normaliser les corps sexués : d'un côté, le corps doit permettre la catégorisation de l'individu en homme ou en femme et, d'un autre côté, le sexe biologique (mâle ou femelle) doit correspondre à l'identité de genre (masculin ou féminin), afin de préserver la cohérence de la bicatégorisation sexuée.

- 39 S'agissant des intersexes, le paragraphe 288 de la circulaire relative à l'instruction générale relative à l'état civil énonce 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 »<sup>129</sup>. En cas d'ambiguïté sexuelle à la naissance, un traitement médical de conformation sexuelle, pouvant aller jusqu'à l'opération chirurgicale des organes génitaux, peut donc être proposé aux parents, afin de normaliser la situation des intersexes<sup>130</sup>. Le droit requiert le consentement des parents pour pratiquer une telle opération (article L1111-4 alinéa 3 et 6 du Code de la santé publique), qui ont la faculté, mais non l'obligation, d'associer le mineur doué de discernement à la prise de décision<sup>131</sup>. Les mineurs intersexes peuvent par conséquent se voir imposer une opération de conformation, leur consentement n'étant pas requis juridiquement. L'article 16-3 du Code civil impose également la preuve d'une « nécessité médicale » pour pratiquer une opération portant atteinte à l'intégrité physique. La nécessité de l'opération paraît incontestable lorsque l'intersexualité est susceptible de provoquer certaines pathologies, telles qu'une insuffisance surrénale aigüe issue de l'hyperplasie congénitale des surrénales<sup>132</sup>. En revanche, l'opération semble difficilement justifiable en l'absence de risques pathologiques, l'intersexualité n'étant pas considérée comme une maladie mentale nécessitant un traitement thérapeutique. La justification qui semble animer de telles opérations est la nécessité de classer l'individu dans une des deux catégories sexuées afin de normaliser sa situation au regard du droit et de la société, justification qui s'éloigne fortement de l'exigence de nécessité médicale imposée par le Code civil. Mais parfois, ce processus de normalisation échoue, notamment lorsque le sexe juridique attribué à la naissance et construit par un traitement médical se révèle plus tard contraire à l'identité de genre de l'individu. La Haute autorité de santé recommande ainsi de préconiser des opérations réversibles, et d'attendre « que l'identité sexuelle de l'enfant se développe avant de recourir à une chirurgie arbitraire irréversible [...] Le neurodéveloppement cérébral est un facteur déterminant dans l'identité sexuelle, au-delà des caractéristiques génitales et du rôle social attribué dès la petite enfance »<sup>133</sup>. Par ailleurs, l'opération de conformation sexuelle peut conduire à une rectification de la mention des prénoms et du sexe à l'état civil, lorsque l'assignation juridique à l'un ou l'autre sexe a précédé l'opération<sup>134</sup>. Dans ce cas, il s'agit bien d'une action en rectification d'état civil (articles 99 du Code civil et 1047 et suivants du Code de procédure civile) : le droit présume qu'il y a eu une « erreur » lors de l'attribution du sexe juridique à la naissance, l'opération de conformation sexuelle ainsi que le « sexe d'élevage »<sup>135</sup> de l'enfant ayant permis de déterminer son vrai sexe. L'action en rectification présuppose donc qu'il existe un « vrai sexe »<sup>136</sup> au-delà du sexe juridique, vrai sexe auquel l'état civil de la personne doit renvoyer. Or, l'idée qu'un vrai sexe existerait en dehors de la qualification juridique mène à deux écueils : elle conduit, en

premier lieu, à occulter le rôle du droit dans la construction de la définition du sexe et de la bicatégorisation sexuée et, en second lieu, à écarter le rôle de l'individu quant à la détermination de son propre sexe (d'où la difficulté du législateur et des juges à reconnaître le rôle de l'identité de genre dans la construction du sexe). Afin de maintenir le système de bicatégorisation sexuée, les individus doivent par conséquent modifier leur sexe juridique pour que celui-ci soit conforme au sexe biologique et psychosocial. Mais leur sexe psychosocial (ou identité de genre) doit également correspondre à leur sexe biologique.

40 S'agissant du transsexualisme et plus largement de la transidentité, le problème posé aux acteurs juridiques est certes celui de la « discordance entre la mention du sexe initialement enregistrée dans l'acte de naissance et celui qui caractérise la personne concernée »<sup>137</sup>, mais également celui de la discordance entre le sexe psychosocial de l'individu et son sexe biologique. En effet, le fait d'imposer un traitement hormonal et le cas échéant une opération chirurgicale, comme conditions de modification du sexe juridique, montre que le droit procède à une normalisation des corps sexués. Le droit refuse ainsi les situations d'ambiguïté sexuelle dans lesquelles, par exemple, un individu défini juridiquement comme femme et ayant une identité de genre féminine, aurait un sexe biologique masculin. Le maintien d'une cohérence de la fonction reproductive, fondée sur l'idée de la complémentarité entre les hommes et les femmes, implique dès lors l'exigence de stérilisation : il serait en effet inconcevable, au regard du droit, qu'une personne née femme et devenue homme conserve la faculté d'accoucher d'un enfant. La discordance entre le sexe psychosocial et le sexe biologique est du reste considérée comme un trouble mental<sup>138</sup>, selon la classification internationale des maladies (CIM-10) et le manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (DSM IV)<sup>139</sup>, appelé « dysphorie de genre » ou « trouble de l'identité de genre »<sup>140</sup>. Certes, la reconnaissance de « l'anormalité » de la situation des transsexuels et du syndrome de la dysphorie de genre par les médecins et psychiatres permet aux juges de faire droit aux demandes de changement de sexe des transsexuels et permet également le remboursement de ces traitements par la sécurité sociale (on pourrait toutefois imaginer un système de remboursement d'un acte médical qui ne serait pas considéré comme le traitement d'une pathologie<sup>141</sup>). Toutefois, la classification du transsexualisme en tant que trouble mental est surtout un instrument puissant de normalisation des corps sexués, la norme présupposant une concordance entre le sexe juridique, biologique et social. De même, on constate la persistance de la norme hétérosexuée et hétérosexuelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui est pourtant à l'origine d'avancées majeures s'agissant des droits des transsexuels. En effet, la Cour estime que le droit au respect de la vie privée n'est pas violé lorsqu'un Etat conditionne la reconnaissance du changement de sexe d'une personne transsexuelle à la transformation de son mariage en un partenariat civil<sup>142</sup>. Selon la Cour, l'intérêt de l'Etat à « maintenir intacte l'institution traditionnelle du mariage »<sup>143</sup>, entendue comme l'union d'un homme et d'une femme, justifie ainsi l'ingérence non-disproportionnée dans le droit de la requérante au respect de sa vie privée. Dès lors, le droit au mariage des transsexuels est reconnu seulement de façon relative, tant que le mariage reste hétérosexuel, dans les Etats où le mariage entre couples de personnes de même sexe n'est pas admis<sup>144</sup>.

41 Par ailleurs, le processus juridique de réassignation sexuée, qu'il soit conditionné ou non par une opération chirurgicale, n'offre qu'une alternative – la réassignation au sexe masculin ou féminin –, ce qui tend à assurer la pérennité du système de

bicatégorisation sexuée. De ce point de vue, on peut citer la Cour européenne des droits de l'homme qui rejette, au nom de la protection des individus, les situations de non-appartenance à l'un ou l'autre sexe : « la situation insatisfaisante des transsexuels opérés qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer »<sup>145</sup>. Certaines féministes ont ainsi mis en évidence que le transsexualisme conduisait à consolider l'évidence de la féminité et de la masculinité<sup>146</sup>, la personne transsexuelle adoptant et renforçant nécessairement le rôle social du sexe souhaité. Cependant, cette conception de la transidentité a évolué, notamment avec l'œuvre de la philosophe Judith Butler, qui met en lumière le fait que les transsexuels et transgenres contribuent à « rendre visible la norme, habituellement invisible, à force d'en jouer, voire de s'en jouer pour se l'approprier »<sup>147</sup>, en créant un « trouble dans le genre »<sup>148</sup>.

- 42 Toutefois, la bicatégorisation sexuée reste la seule alternative aux individus transidentitaires, puisque « les sujets n'ont pas le pouvoir de changer la règle du jeu »<sup>149</sup> : les intersexes subissent la norme binaire, parfois lourdement, tandis que les transsexuels ont le choix de renoncer à une catégorie de sexe sans pour autant remettre en cause le processus de catégorisation. Ainsi, le traitement médical et juridique de l'intersexualité et du transsexualisme renforce-t-il la bicatégorisation sexuée des individus et de là, les rôles sociaux différenciés attribués aux hommes et aux femmes<sup>150</sup>.
- 43 Des alternatives à la bicatégorisation sexuée ont pourtant été envisagées par certains auteurs, afin de prendre en compte la situation des intersexes, des transgenres, ainsi que celle des individus ne souhaitant pas être reconnu, par le droit ou par la société, comme homme ou femme<sup>151</sup>. Une première solution serait de créer une troisième catégorie de sexe qui regrouperait les personnes intersexes ou une catégorie « sexe neutre » ou « sexe indéterminé »<sup>152</sup>. Mais comme le souligne justement certains auteurs, envisager trois possibilités d'identités sexuelles serait tout aussi restrictif que le système binaire actuel, l'assignation à une catégorie demeurant de surcroît obligatoire<sup>153</sup>. De plus, certains évoquent le risque de stigmatisation d'une catégorie considérée comme inférieure, de second rang<sup>154</sup>. Par ailleurs, une troisième catégorie ne permettrait pas de rendre compte de la diversité des individus intersexes et transidentitaires ; cet argument tend à conduire à la multiplication des catégories de sexes, selon des critères qui diffèrent significativement selon les auteurs<sup>155</sup>. Une autre solution consisterait à supprimer la mention du sexe à l'état civil et sur les papiers d'identité<sup>156</sup>. Certains auteurs soulignent en effet le « germe d'une indifférenciation complète » des normes juridiques au regard du genre, qui « pourrait conduire à ce que la mention du sexe à l'état civil devienne superflue »<sup>157</sup>. Néanmoins, pour d'autres, la solution est inenvisageable, la catégorisation par le droit des individus en hommes et en femmes ayant avant tout une fonction pratique : « Lorsque le droit distingue en catégories, c'est parce que cette distinction est fonctionnelle à une attribution différentielle des droits et des obligations. Or, en dépit des énormes bouleversements en matière d'égalité des sexes et des sexualités, il reste encore des domaines où elle n'est pas réalisée, comme c'est le cas pour la procréation et la filiation, dans lesquelles les statuts différentiels d'homme et de femme semblent s'être au contraire renforcés »<sup>158</sup>. De même, certains soulèvent le problème de l'identification des hommes et des femmes dans la mise en œuvre d'actions positives, telles que les dispositifs juridiques tendant à la mise en œuvre du principe de parité dans les mandats électoraux et fonctions électives, et dans l'accès aux responsabilités professionnelles et sociales.

Cependant, cette difficulté peut être écartée, car de telles actions ne nécessitent pas forcément la reconnaissance juridique du sexe à l'état civil<sup>159</sup>. Plus largement, du point de vue du droit de la non-discrimination, cela conduirait à s'interroger sur la justification objective et raisonnable d'une distinction fondée sur le sexe, *a priori* constitutive d'une discrimination. La fonction remplie par l'inscription du sexe à l'état civil est-elle justifiée ? Ne porte-t-elle pas une atteinte disproportionnée aux droits des personnes intersexes et transgenres ? Ces questions mériteraient d'être prises en compte par les acteurs du droit de la non-discrimination<sup>160</sup>. Pourtant, la solution de la suppression de la mention du sexe à l'état civil demeure impensée par le législateur français, si l'on se réfère aux propositions de lois<sup>161</sup> et aux amendements proposés lors des débats relatifs à la situation des transidentitaires dans la loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Le maintien par le droit du genre comme dispositif d'assignation sexuée trouve son fondement dans la naturalisation de la différence des sexes ; le droit serait dès lors le garant d'un ordre naturel hétérosexuel.

## 2. La naturalisation de la différence des sexes par le droit

- 44 La perpétuation du genre, en tant que dispositif d'assignation à un sexe, repose sur la naturalisation du processus de différenciation des sexes, la différence des sexes étant de ce point de vue rendue incontestable car fondée en nature et plus précisément sur la reproduction sexuée. Ainsi, selon un raisonnement finaliste, « la reproduction sexuée atteste sans conteste qu'il existe bien deux sexes », mais « à partir du moment où la reproduction devient un choix personnel, [...] les identités sexuées doivent être maintenues techniquement, naturalisée en l'absence d'une normativité naturelle impérieuse »<sup>162</sup>. Le droit sert ainsi d'instrument, de « machine symbolique » pour reprendre les mots de Pierre Bourdieu, pour fonder la différence des sexes sur la nécessaire complémentarité naturelle des hommes et des femmes, pérennisant ainsi le modèle hétérosexuel<sup>163</sup>, notamment à travers le droit de la filiation.
- 45 Certains juristes considèrent de ce point de vue que la filiation, qui détermine le lien juridique d'ascendance familiale entre deux personnes, est nécessairement fondé sur la différence biologique des sexes, l'accouchement de l'enfant par la mère, fait biologique, tendant à être l'élément de plus en plus pris en compte par le droit pour établir la filiation maternelle<sup>164</sup>. Or, le droit de la filiation (articles 310 et suivants du Code civil) apparaît *a priori* détaché, du moins en partie, de la reproduction sexuée. La filiation peut en effet être établie certes par le sang ou la présomption de la paternité supposée du mari de la mère<sup>165</sup>, mais elle peut être également établie en dehors de la reproduction sexuée, par la possession d'état ou par l'adoption, notamment par une personne seule. De même, une femme qui accouche d'un enfant peut renoncer à établir le lien de filiation avec cet enfant par l'accouchement sous X (article 341-1 du Code civil). Par ailleurs, il n'existe pas de lien de filiation possible entre le donneur anonyme de sperme et l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée (article 311-19 du Code civil)<sup>166</sup>. Néanmoins, si le droit de la filiation semble *a priori* s'éloigner du modèle naturaliste de la reproduction sexuée fondée sur la complémentarité des hommes et des femmes, l'analyse de son évolution témoigne du contraire. Certains auteurs évoquent ainsi une tendance du droit à la naturalisation de la filiation, pensée sur le modèle de la reproduction, « comme si le juridique devait redoubler le biologique, comme si le social devait imiter le naturel »<sup>167</sup>. Daniel Borrillo estime que cette évolution est apparue au moment de la revendication de la parentalité par les couples

homosexuels, dès la fin des années quatre-vingt. Une réaction conservatrice à ce mouvement s'est traduite par l'affirmation, dans les discours juridiques, de la reproduction naturelle fondée sur l'altérité sexuelle comme modèle de la filiation. L'auteur prend pour exemples le rapport Braibant du Sénat de 1988, qui affirme « la valeur des structures naturelles de la parenté » et les lois bioéthiques de 1994<sup>168</sup>, qui définissent le couple comme l'union d'un homme et d'une femme<sup>169</sup>. Les lois bioéthiques de 1994, révisées par les lois du 6 août 2004 et du 7 juillet 2011, ont par ailleurs introduit dans le droit le dispositif de l'assistance médicale à la procréation (AMP), soit une technique de fécondation artificielle<sup>170</sup> qui demeure cependant largement construite par le législateur sur le modèle de la reproduction hétérosexuelle<sup>171</sup>. En effet, comme le soulignent certains auteurs, le dispositif juridique de l'AMP « laisse imaginer l'acte sexuel comme cause, comme point d'origine d'enfants pourtant nés d'une procréation artificielle »<sup>172</sup>. Les conditions d'accès à l'AMP tendent dès lors à ce que le dispositif imite une reproduction « naturelle » entre un homme et une femme, la fécondation artificielle ne pouvant être autorisée que lorsqu'un « acte fécond aurait pu avoir lieu entre deux personnes »<sup>173</sup>. L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique dispose ainsi que l'AMP doit répondre à la demande parentale d'un couple hétérosexuel, les termes « hommes et femmes » étant prévus expressément par la disposition<sup>174</sup>. De même, les personnes du couple doivent être vivantes, en âge de procréer et mariées ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans. Ces conditions excluent du recours à l'AMP les personnes qui n'auraient pas pu procréer par un acte sexuel, c'est-à-dire, les personnes seules (écartant notamment les inséminations et transferts d'embryons *post-mortem*), les couples de personnes de même sexe et les personnes qui ne sont pas en âge de procréer. De plus, la prohibition de la maternité de substitution prévue à l'article 16-7 du Code civil conduit à ce que la mère légale de l'enfant soit toujours la femme qui accouche de l'enfant, excluant de l'AMP les femmes atteintes de stérilité utérine, alors même que le dispositif a pour objet de remédier aux infertilités pathologiques. L'objectif de vraisemblance entre l'AMP et l'acte sexuel reproductif nécessite en effet l'accouchement de l'enfant par la mère légale<sup>175</sup>. En conformant le dispositif de l'AMP sur le modèle de la reproduction biologique hétérosexuelle, le législateur a par conséquent « tenté de normaliser le couple parental qui aurait accès à ces techniques selon le modèle hétérosexuel classique »<sup>176</sup>.

- 46 L'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de personnes de même sexe<sup>177</sup> a néanmoins conduit à remettre en question l'évidence de la différence des sexes et la complémentarité naturelle entre les hommes et les femmes en vue de la procréation<sup>178</sup>, au nom de l'égalité et de la non-discrimination des couples homosexuels. Les oppositions soulevées pendant les débats parlementaires évoquent du reste la crainte d'une remise en question, par la loi, de la procréation naturelle fondée sur l'altérité sexuelle, qui serait pourtant l'objectif premier de l'institution matrimoniale<sup>179</sup>. Toutefois, la remise en cause du modèle hétérosexuel par la loi est à nuancer. En effet, le Projet de loi initial prévoyait par exemple la substitution, dans les Livres I et III du Code civil, de toutes les références aux termes de « père » et de « mère », par celui de « parents ». Mais la suppression de la référence au genre (entendu ici comme la division de l'humanité en deux groupes sexués) n'a pas survécu aux travaux de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale et du Sénat, qui témoignent d'une volonté de maintenir les termes de « mère » et de « père » dans le texte législatif<sup>180</sup>. Par ailleurs, la réforme ne concerne pas le titre VII du Livre I du Code civil, relatif à la filiation. Il est

de ce point de vue exclu qu'une « présomption de maternité » puisse permettre d'établir la filiation entre un enfant né au sein d'un couple marié composé de deux femmes. Le régime de la présomption de paternité reste par conséquent attaché au modèle du couple marié hétérosexuel et de l'enfant conçu par un acte sexuel entre les époux.

- 47 Le dispositif de bicatégorisation sexuée des individus demeure par conséquent impensé du point de vue du droit de la non-discrimination. L'évidence avec laquelle ce système de division s'impose, alors qu'il est pourtant remis en cause par la biologie dont le droit prétend s'inspirer, peut notamment être expliquée par la persistance d'une idéologie naturaliste, fondée sur la nécessaire complémentarité entre les hommes et les femmes, du point de vue de la procréation. La différence des sexes est dès lors perçue comme une donnée biologique et sociale, une vérité que le droit ne fait que constater objectivement. Or, le concept de genre, comme « révolution dans la connaissance », conduit justement à déconstruire la naturalisation de la différence des sexes, en somme, de mettre en évidence son caractère construit, ainsi que les dispositifs, les normes et les croyances qui naturalisent ce processus de différenciation.

## B. Les conséquences de l'absence des acquis constructivistes en droit de la non-discrimination

- 48 Les études sur le genre s'inscrivent dans une approche socioconstructiviste de la différence de sexes et des catégories « homme » et « femme », appréhendant celles-ci comme des représentations mentales issues de « construits sociaux historiquement constitués et variant en fonction de leur contexte de production et d'interprétation »<sup>181</sup>. Ce travail de dénaturalisation de la différence entre les sexes a permis de revenir sur l'idée selon laquelle l'homme et la femme renverraient à une essence incontestable et définitive. En somme, selon cette conception, la différence des sexes et les catégories issues de cette différenciation n'existent pas en dehors de leur contexte d'interprétation et des rapports de pouvoir<sup>182</sup>. Cette révolution de la conception de la différence des sexes, anti-essentialiste, a conduit certaines théories du genre, dont la théorie *queer*, à une approche post-identitaire, remettant en cause la binarité des catégories sexuées, par la subversion des identités sexuées, visant à une plus grande autonomie du sujet par la « pluralisation de l'offre identitaire »<sup>183</sup>. Le concept de genre a permis de repenser les catégories « homme » et « femme » comme contingentes, car issues des interprétations faites par les acteurs du pouvoir. Le pouvoir du droit joue de ce point de vue un rôle essentiel. En effet, ce sont les juges et le législateur qui, notamment au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, décident les situations où la différence des sexes sera légitime, et celles où elle sera illégitime (ces moments variant selon les époques, les contextes). Cependant, ni le législateur ni les juges français n'appréhendent cette dimension du concept de genre et continuent de concevoir les catégories « homme » et « femme », de façon formelle, figée, préexistante à leur prise en compte par le droit, ce qui peut expliquer certaines impasses en droit de la non-discrimination.
- 49 En premier lieu, la différenciation entre les hommes et les femmes, essentialisée, peine à être considérée autrement que comme une dérogation au principe d'égalité. En effet, loin d'être appréhendée de façon contingente et construite, la prise en compte de la différence des sexes est avant tout conçue, du point de vue du droit de l'égalité et de la

non-discrimination, comme une différence de traitement illégitime constitutive d'une discrimination, contraire au principe d'égalité. Cette prise en compte par le droit est certes admise, mais elle est toujours conçue comme une dérogation au principe d'égalité. L'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mai 2013 rendue sur la question de la parité dans les chambres d'agriculture<sup>184</sup> est un exemple significatif d'un raisonnement juridique qui peine à se départir d'une approche essentialiste de la différence des sexes. L'article 1<sup>er</sup> du décret du 29 juin 2012, relatif aux élections dans les chambres d'agriculture, imposait à chaque liste de candidats de comporter « au moins un candidat de chaque sexe par tranche de trois candidats » (et non une parité arithmétique). Le recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre du décret contestait la compétence du pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre l'exigence de parité prévue à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, depuis le 23 juillet 2008, selon lequel : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Le Conseil d'Etat a conclu à l'incompétence du pouvoir réglementaire pour la mise en œuvre de mesures incitatives ou contraignantes de parité prenant en compte la différence des sexes<sup>185</sup>, en fondant son raisonnement sur une conception restreinte de la parité et plus largement de la différence des sexes<sup>186</sup>. Le Conseil d'Etat a estimé que les mesures relatives à la parité, en ce qu'elles prennent en compte la différence entre les hommes et les femmes, sont *a priori* contraires au principe d'égalité, interprété par les juges comme exigeant l'indifférenciation des individus au regard du sexe<sup>187</sup>. L'appréhension de cette différence par les mesures paritaires est ainsi conçue par les juges comme une dérogation au principe d'égalité, devant être interprétée de façon stricte et exclure l'intervention du pouvoir réglementaire<sup>188</sup>. Un tel raisonnement refuse par conséquent de considérer la différence entre les hommes et les femmes comme une construction sociale, dont la prise en compte par le droit serait utile à la réalisation du principe d'égalité. En effet, une approche constructiviste permettrait d'appréhender la différence entre les hommes et les femmes de façon contingente et pragmatique : elle serait, dans certains contextes, nécessaire à la réalisation de l'objectif constitutionnel<sup>189</sup> d'égalité entre les hommes et les femmes<sup>190</sup> et, dans d'autres cas, constitutive d'un obstacle pour un tel objectif (par exemple, en matière d'accès à l'emploi et à la fonction publique, en matière de rémunération ou en matière de responsabilités parentales). Autrement dit, la réalisation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes impliquerait tout autant le respect de l'égalité formelle, par l'indifférenciation entre les individus au regard du sexe, que la mise en œuvre de l'égalité substantielle, la différenciation servant dans ce cas à corriger les inégalités de fait. Cette dimension holiste du principe d'égalité permet de penser une complémentarité et non une opposition, entre les différents sens de l'égalité. Les mesures d'actions positives, tenant en compte la différence de situation entre les hommes et les femmes, telles que les normes relatives à la parité, seraient de ce point de vue considérées comme une mise en œuvre du principe d'égalité, dans un sens substantiel, et non plus comme une dérogation au principe d'égalité<sup>191</sup>. L'article 4 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes dispose par exemple que : « L'adoption par les Etats parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention ». La différenciation, selon cette conception, n'aboutit pas nécessairement à créer des inégalités : ce qui importe du point de vue du droit de la non-discrimination, c'est la

signification donnée à la différence des sexes par les acteurs juridiques<sup>192</sup>. Par conséquent, la prise en compte des différences entre les hommes et les femmes permet de contribuer à la réalisation de l'égalité, en tant qu'outil de lutte contre les inégalités de fait, à condition que la différence soit appréhendée dans une perspective constructiviste, et non pas essentialiste<sup>193</sup>.

50 En second lieu, on constate que les acteurs du droit de la non-discrimination, et en particulier les juges, ont des difficultés à penser les catégories de personnes discriminées dans une perspective constructiviste, non-essentialiste. Ainsi, le phénomène d'intersectionnalité, défini comme le cumul de motifs discriminatoires (sexe, race, handicap, orientation sexuelle...) chez un même individu, provoquant des effets aggravés de non-intégration, de vulnérabilité, d'exclusion<sup>194</sup>, demeure en marge du contentieux relatif à la non-discrimination. Le concept d'intersectionnalité peut en effet être conçu comme un « outil théorique dont nous disposons pour penser la domination de genre sans l'isoler des autres rapports de pouvoirs, et en particulier du racisme »<sup>195</sup>. Dans une perspective anti-essentialiste, le concept d'intersectionnalité permet de tenir compte du sort des individus les plus désavantagés, par un raisonnement centré sur l'expérience discriminatoire, dépassant l'approche catégorielle retenue par le droit de la non-discrimination<sup>196</sup>. Certaines discriminations peuvent par exemple être spécifiques aux femmes noires ou aux femmes immigrées et dépassent dans ce cas la somme du racisme et du sexisme<sup>197</sup>. Cependant, le droit français semble à l'heure actuelle peu adapté à la réception d'un outil théorique permettant de repenser les catégories de personnes discriminées. Le raisonnement des juges est en effet fondé sur une approche strictement catégorielle, critère par critère (dix-neuf critères de discrimination sont prévus à l'article 225-1 du Code pénal) ce qui rend difficile la prise en compte de l'expérience individuelle des discriminations vécues par certains individus à l'intersection de plusieurs critères discriminatoires, victimes par exemple de stéréotypes spécifiques à leur situation. Malgré tout, le législateur français s'est saisi de la question, sans faire référence à la notion d'intersectionnalité, notamment dans le Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes. Les articles 13 et 14 de la loi prévoient une protection particulière des femmes en situation de handicap et des femmes étrangères, et reconnaît par conséquent les inégalités qui existent entre les femmes elles-mêmes face aux violences. En tenant compte de la particulière indigence des femmes étrangères victimes de violence au moment de la demande de titre de séjour, la mesure prévue à l'article 14 consiste à les exonérer du paiement des taxes sur la primo-délivrance et le renouvellement de leur titre de séjour. La loi reconnaît dès lors la situation particulière des femmes immigrées victimes de violences, qui se situent souvent à l'intersection de plusieurs phénomènes discriminatoires : par exemple en cas de violences conjugales, les femmes immigrées en situation irrégulière auront plus de réticence à demander une protection de la part de l'Etat contre un conjoint violent, par crainte de subir une mesure d'éloignement. Faciliter l'obtention d'un titre de séjour pourrait permettre à ces femmes d'éviter d'avoir à choisir entre les violences et la reconduite à la frontière<sup>198</sup>.

51 Si l'intersectionnalité, qui nécessite de penser au-delà du système catégoriel, semble un concept peu adapté au système judiciaire français, la notion de « discrimination multiple » paraît en revanche mieux appropriée, d'autant plus que le droit et les politiques publiques de l'Union européenne incitent les Etats à tenir compte de cette réalité du phénomène discriminatoire<sup>199</sup>. Elle implique non pas de repenser les catégories de personnes discriminées, mais de jouer sur plusieurs motifs de

discrimination. Le contentieux français de la non-discrimination est *a priori* compatible avec la prise en compte des discriminations multiples, puisqu'aucune norme n'interdit au requérant de se fonder sur plusieurs motifs de discrimination lors d'une action en justice. Les juges ont pourtant tendance à ne traiter les plaintes que sur le fondement d'un seul critère de discrimination. Leur réticence n'est donc pas liée à un problème de procédure, mais semblerait plutôt résulter de la manière dont les juges appréhendent le monde en catégories bien délimitées, voire essentialisées. L'exemple de la condamnation de la Slovaquie par la Cour européenne des droits de l'homme en raison des cas de stérilisation forcée de femmes Roms, sur le terrain de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, est révélateur. La Cour européenne n'a pas jugé opportun de voir dans la stérilisation des femmes Roms, en plus d'un traitement inhumain et dégradant, une pratique discriminatoire spécifique à l'égard des femmes Roms, condamnable sur le terrain de l'article 14 de la Convention. Tout du moins, sans retenir l'intersectionnalité de la discrimination, la Cour aurait pu retenir une discrimination multiple, fondée à la fois sur le critère du sexe et sur celui de la race<sup>200</sup>. Néanmoins, s'agissant des juridictions françaises, le raisonnement des juges n'est pas le seul obstacle à l'appréhension des discriminations intersectionnelles par les tribunaux : en effet, les « motifs [de discrimination] ne relèvent pas du même régime juridique, ce qui conduit le justiciable à faire des choix stratégiques devant les juridictions »<sup>201</sup>.

- 52 L'approche retenue par le droit français, qui tend à appréhender les catégories de personnes discriminées, telle que la catégorie « femme », ainsi que la différence des sexes, dans une perspective essentialiste, non-constructiviste, explique la difficulté d'intégrer en droit certains outils théoriques comme l'intersectionnalité, ou à concevoir la différence entre les hommes et les femmes autrement que comme une dérogation à l'égalité. Le droit français ne semble pas adapté à ces outils et modes de raisonnement qui se révèlent pourtant utile pour repenser le droit de la non-discrimination afin de tenir compte de la réelle complexité du phénomène discriminatoire.
- 53 L'apparition du terme « genre » dans les instruments de lutte contre les discriminations témoigne d'une prise en compte par certains acteurs juridiques du genre conçu comme « sexe social ». Cette évolution a mené à la fois la reconnaissance, encore faible en droit français, de l'identité de genre comme composante de la définition du sexe, et à la remise en cause de certains rôles sociaux attribués aux femmes et aux hommes, en vue de transformer les rapports sociaux de sexe inégalitaires. Le genre comme système hiérarchique et structurel de domination, excluant les femmes de la jouissance effective de certains droits, est de ce point de vue remis en question du point de vue de la non-discrimination. En revanche, l'appréhension du concept de genre en droit de la non-discrimination n'a pas été jusqu'à remettre en cause le genre comme système de bicatégorisation sexuée : le sexe continue dès lors à être pensé comme précédant le genre, comme existant par-delà sa construction par les acteurs du pouvoir. La différence des sexes et les catégories « homme » et « femme » demeurent ainsi la norme de référence que le droit ne pourrait remettre en cause. Or, la naturalisation de la différence et l'essentialisation des catégories expliquent non seulement l'impuissance du droit de la non-discrimination à saisir la complexité du phénomène discriminatoire, mais mènent également à l'exclusion de certains individus ne correspondant pas à la norme sociale, tels que les intersexes ou les transgenres. Par conséquent, le droit de la non-

discrimination s'énonce dans des termes qui ne permettent qu'à une des deux acceptions du concept de genre – la moins révolutionnaire – de s'exprimer.

- 54 La question qui se pose alors est la suivante : une révolution du droit de la non-discrimination par la prise en compte du genre peut-elle se passer de la remise en cause du genre comme système de bicatégorisation sexuée ? Le problème, soulevé notamment par Christine Delphy, est que les acteurs du droit de la non-discrimination souhaitent abolir le système hiérarchique qui a conduit à défavoriser les femmes par rapport aux hommes, tout en refusant de remettre en question la distinction entre les sexes<sup>202</sup>. Or, la classification sexuée et sa naturalisation sont justement au fondement de la normalisation des identités et des corps, de la persistance des rôles sociaux hiérarchisés entre les hommes et les femmes<sup>203</sup>. Selon cette conception, un changement de paradigme dans l'appréhension par le droit des inégalités de genre implique nécessairement la déconstruction du système de bicatégorisation sexuée produit par le système juridique. Toutefois, à la question de savoir si la prise en compte de la dimension révolutionnaire du genre par le droit conduirait à la suppression de la différence des sexes, il convient d'apporter une réponse plus nuancée. En effet, la question de la suppression de la différence des sexes est un faux débat puisque qu'elle postule l'existence ontologique d'une telle différence. Or, dans une perspective constructiviste, la différence de genre est toujours relative, elle est toujours appréhendée de façon circonstanciée. Le genre n'existe pas en tant que tel, il est toujours constructible ou déconstructible et varie en fonction des interprétations. Dès lors, il nous semble que la question pertinente, du point de vue du droit de la non-discrimination, est celle de savoir si la différence entre les sexes doit être supprimée dans telle ou telle circonstance, en ce qu'elle conduit à créer des inégalités en termes de droits pour certains individus, les femmes, les couples de personnes de même sexe, les intersexes ou encore les transidentitaires.
- 55 Si le genre constitue bien un concept utile pour repenser le droit de la non-discrimination, il n'a pas permis à l'heure actuelle une révolution de ce dernier. De plus, certains auteurs soulignent une certaine banalisation de l'emploi du terme « genre », « au risque d'é mousser ce que Joan Scott appelait son 'tranchant' critique »<sup>204</sup>. On l'utilise, en effet, de manière un peu confuse, comme synonyme de « femme », pour évoquer la différence entre les sexes ou pour le substituer au terme « sexe ». Dès lors, « le terme tend à acquérir la fonction auto-explicative qu'avait jadis les mots 'sexes' et 'différence sexuelle' et à redevenir une catégorie descriptive qui prend pour acquise la différence des sexes plutôt que de l'interroger »<sup>205</sup>. La banalisation de la notion de genre tend donc aujourd'hui à faire perdre au concept de genre son caractère révolutionnaire et son potentiel heuristique pour repenser le droit de la non-discrimination.

---

## NOTES

1. Voir l'intervention du député Philippe GOSSELIN : « J'aimerais que mesdames les ministres puissent à nouveau nous rassurer sur le fait que l'identité sexuelle dont il est question dans le texte de ce soir n'a rien à voir avec cette théorie du genre que nous sommes nombreux à récuser sur les bancs de l'opposition » (Assemblée nationale, deuxième séance du mardi 24 juillet 2012, sur l'article 2 bis).
2. Voir l'amendement n° 176 proposé par la sénatrice Corinne BOUCHOUX discuté lors de la séance publique, retiré suite à la demande du Ministre de l'éducation nationale Vincent PEILLON : « L'identité de genre est introduite dans nombre de textes internationaux, en étant reconnue comme une notion commune, sans s'apparenter pour autant à ce que l'on appelle la théorie du genre, soutenue par un certain nombre de personnes qui vont jusqu'à nier des différences qui sont de l'ordre non pas des représentations culturelles, mais des identités physiologiques et biologiques [...] Lorsque cette notion a été introduite, certains ont fait exprès, *a fortiori* dans le climat que nous connaissons actuellement avec le mariage pour tous, de faire croire que la majorité avait la volonté d'imposer la théorie du genre à l'école. J'ai considéré qu'il était de ma responsabilité, quelle que soit la sympathie que je peux avoir pour le sens commun de cette notion, de ne pas alimenter ces polémiques malsaines, qui dégradent le débat sur l'école ».
3. Proposition de résolution n° 482 tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du *gender* en France, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 7 décembre 2012.
4. Commission générale de terminologie et de néologie, Recommandation sur les équivalents français du mot « *gender* » du 27 juillet 2005.
5. Nous définissons le droit de la non-discrimination au sens large, comme les dispositifs juridiques qui tendent à lutter contre certains types de distinctions jugées illégitimes, comme le sexe, la race ou l'orientation sexuelle. Le droit de l'égalité désigne selon nous les dispositifs juridiques mis en place en vue de garantir l'égal accès aux droits de tous les individus.
6. On peut citer à titre d'exemples, s'agissant du droit de l'Union européenne, la Résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur l'impact du marketing et de la publicité sur l'égalité des genres, les articles 90 et suivants de la Résolution du 12 décembre 2012 sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, qui invitent les Etats membres à lutter contre les discriminations fondées sur l'identité de genre, ou encore le rapport sur l'élimination des stéréotypes de genre dans l'Union européenne, adopté le 13 mars 2013 par la Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen. Les instances du Conseil de l'Europe emploient également le terme de « genre », par exemple dans la Résolution de l'Assemblée parlementaire du 29 avril 2010 relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ou à l'article 3 de la Convention d'Istanbul sur prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, ratifiée par la France le 15 mai 2013.
7. FASSIN Eric, « L'empire du genre », *L'homme*, n° 187-188, 2008/3, p. 386.
8. Etude d'impact du Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, 1<sup>er</sup> juillet 2013, NOR : DFEX1313602L/Bleue-1, p. 13.
9. RODRIGUEZ Eva, « Fabriquer le sexe, éduquer le genre », disponible sur le site <http://biosex.univ-paris1.fr/dossiers-thematiques/scientifiques-du-genre-1/>.
10. FASSIN Eric, « L'empire du genre », *op. cit.* p. 378 : « Le travail médical n'y est nullement de remettre en cause la norme sexuelle, mais d'aider des individus, rejetés en raison de leur

anomalie, à accéder à la normalité en se conformant aux attentes sociales, y compris sous la forme la plus stéréotypée ».

11. Cité par RODRIGUEZ Eva, « Fabriquer le sexe, éduquer le genre », op. cit. : « Le genre est la quantité de masculinité et de féminité que l'on trouve dans une personne et, bien qu'il y ait des mélanges des deux chez de nombreux êtres humains, le mâle normal à évidemment une prépondérance de masculinité et la femelle normale une prépondérance de féminité ».

12. ZAÏDMAN Claude, « Introduction » in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d'analyse*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 16.

13. LÖWY Ilana, ROUCH Hélène, « Genèse et développement du concept de genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003/1, p. 8 : « Dans ce contexte [...], c'est sans doute parce que les notions de sexe et de genre demeurent trop fixées l'un à un contenu biologique, l'autre à un contenu sociologique, qu'il reste encore souvent la conviction que la séparation sexe/genre reflète simplement le partage entre les traits biologiques (présupposés immuables) et les attitudes, comportements et rôles (présupposés flexibles) ».

14. *Ibid.*

15. Citée par BERENI Laure, CHAUVIN Sébastien, JAUNAIT Alexandre, REVILLARD Anne, « En finir avec le genre ? », disponible sur le site <http://annerevillard.com/mediasinterventions-grand-public/en-finir-avec-le-genre/>: « Il n'est pas question de nier, bien évidemment, l'existence matérielle des corps et des attributs anatomiques statistiquement corrélés au groupe des femmes et à celui des hommes. Mais ces différences multiples sont toujours perçues à travers un filtre social qui interprète, classe, dichotomise et transforme ».

16. PLANTÉ Christine, « Le genre, un concept intraduisible ? », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d'analyse*, op. cit., p. 128.

17. REGINE, « Droit et genre », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1235.

18. VARIKAS Eleni, « Conclusion », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d'analyse*, op. cit., p. 203 : « Les analyses des pratiques du pouvoir [...] ont opéré un renversement radical de perspective qui amène à repenser les paradigmes de la connaissance quels qu'ils soient : elles font apparaître le sexe et la division qui le fonde, non plus comme une 'condition', mais comme le produit d'un rapport de pouvoir qui est au fondement du social ».

19. SCOTT Joan, « Le genre, une catégorie utile d'analyse historique », *Le Genre de l'histoire, Cahiers du GRIF*, Paris, 1988, pp. 125-153.

20. BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, Paris, Editions du Seuil, 1998, p. 21 : « Le système mythico-rituel joue ici un rôle qui est l'équivalent de celui qui incombe au champ juridique dans les sociétés différenciées : dans la mesure où les principes de vision et de division qu'il propose sont objectivement ajustés aux divisions préexistantes, il consacre l'ordre établi, en le portant à l'existence connue et reconnue, officielle ».

21. *Ibid.*, p. 14.

22. *Ibid.* p. 23 : « Ce programme social de perception incorporée s'applique à toutes les choses du monde et en premier lieu au corps lui-même, dans sa réalité biologique : c'est lui qui construit la différence entre les sexes biologiques conformément aux principes d'une vision mythique du monde enracinée dans la relation arbitraire de domination des hommes sur les femmes, elle-même inscrite dans la division du travail ».

23. DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, n° 18, 2005/2, p. 118.

24. BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, op. cit., p. 15.

25. DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », op. cit., p. 119.

26. FASSIN ERIC, « L’empire du genre », *op. cit.*, p. 378 : « La notion de genre n’échappera jamais définitivement à cette ambiguïté fondatrice : encore aujourd’hui, elle reste prise dans une double logique, potentiellement contradictoire – entre catégorie normative et outil critique. Autrement dit, le genre est, sinon par nature, du moins d’origine, une arme à double tranchant ».
27. Voir notamment BUTLER Judith, *Trouble dans le genre, pour un féminisme de la subversion*, Paris, La Découverte, 2005.
28. Voir par exemple TERRE François, « L’opération de catégorisation », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, Paris, Economica, 2006, pp. 3-9.
29. Un mouvement législatif et judiciaire dans ce sens a été entrepris par les acteurs juridiques français au début du XXe siècle dans les domaines où les inégalités juridiques entre les hommes et les femmes sont les plus criantes (droit de la famille, droit du travail, droits civiques, droit à l’éducation). Voir notamment sur ce point, LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges Andrée Lajoie*, 2008, pp. 675 et s.
30. Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, JORF du 19 février 1938, p. 2058.
31. Loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, JORF du 3 novembre 1942, p. 3649.
32. Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l’égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.
33. Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l’entreprise.
34. Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.
35. CHAPERON Sylvie, « Le genre : un mot, un concept ou un label ? », in FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL Dominique, PLANTÉ Christine, RIOT-SARCEY Michèle, ZAÏDMAN Claude, *Le genre comme catégorie d’analyse, op. cit.*, p. 108.
36. Proposition de résolution n° 482 tendant à la création d’une commission d’enquête sur l’introduction et la diffusion de la théorie du *gender* en France, enregistrée à la présidence de l’Assemblée nationale le 7 décembre 2012.
37. Voir les débats sur la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel précités.
38. Dans le cadre de l’Organisation Mondiale des Nations Unies : Principes de Jogjakarta sur l’application de la législation internationale des droits humains en matière d’orientation sexuelle et d’identité de genre, mars 2007 ; Déclaration des Nations Unies relative à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre, 22 décembre 2008.
39. Notamment l’article 10 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil, qui enjoint les Etats membre à prendre en compte l’identité de genre dans l’évaluation des motifs de persécution des réfugiés et la Directive 2012/29/UE relative aux droits de victimes de la criminalité. Voir également le rapport financé par la Commission européenne relatif à la discrimination fondée sur le sexe, l’identité de genre et l’expression de genre, publié en 2012.
40. Résolution 1728 et Recommandation 1915 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe du 29 avril 2010 relatives à la discrimination sur la base de l’orientation sexuelle et de l’identité de genre ; Recommandation du Conseil des ministres du 31 mars 2010 relative aux mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle ou l’identité de genre.
41. Directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 et Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.
42. Rapport du Commissaire aux droits de l’homme, Thomas HAMMARBERG, « Droits de l’homme et identité de genre », octobre 2009.
43. CNCDH, Avis du 27 juin 2013 sur l’identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l’état civil.

44. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'homme et identité de genre », *op.cit.*, p. 6.
45. Rapport de la Haute autorité de santé relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, novembre 2009, p. 30.
46. Rapport de la Commission européenne relatif à la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre, *op.cit.*, p. 12 : « Les transsexuels s'identifient au rôle lié au genre opposé au sexe qui leur a été assigné à la naissance et cherchent à vivre de manière permanente dans le rôle du genre de prédilection [...] Les transsexuels peuvent envisager de subir, être en train de subir ou avoir subi un traitement de conversion sexuelle (avec ou sans hormonothérapie ou intervention chirurgicale) ».
47. MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, Mémoire pour le Master de droit privé général, Université Panthéon-Assas, 2010, pp. 19 et s.
48. LAMBERT-GARREL Lucile, « Le transsexualisme en droit interne français », in MATEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, Bordeaux, Les Etudes Hospitalières, 2010, p. 189 : les juges refusaient « la rectification au motif qu'il s'agissait d'un 'changement volontaire de sexe, ce qu'interdisait le principe d'indisponibilité de l'état des personnes qui fait défense aux individus de modifier de leur propre initiative les éléments de leur état' (CA Paris, 18 janvier 1974, D. 1974.196) ».
49. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 mai 1990, n° 88-12.829.
50. CEDH, 25 mars 1992, B. c/ France, n° 13343/87.
51. CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, n° 28957/95.
52. Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900.
53. *Ibid.* : « Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».
54. Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
55. Les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont toutefois jugé, dès 1990, que l'article 309 du Code pénal (abrogé par la loi n° 921336 du 16 décembre 1992) qui condamne les coups et violences ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours, ne s'applique pas aux actes chirurgicaux. En effet, la responsabilité pénale des chirurgiens ne peut être recherchée sur ce terrain, dès lors qu'un intérêt thérapeutique est démontré. Ainsi, selon la Cour d'appel, le chirurgien qui a procédé à l'ablation de l'appareil génital masculin du patient dans le cadre d'une opération de réassignation sexuelle et qui cause volontairement une atteinte à l'intégrité physique du patient, a agi dans l'exercice normal de sa profession et ne s'est pas rendu coupable de délit de blessures volontaires. En l'espèce cependant, la Cour d'appel a estimé que cette opération n'a pas été réalisée dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien et a jugé ce dernier coupable de coups et violences volontaires avec préméditation (CA Aix-en-Provence, 23 avril 1990, n° 1990-604889). Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi formé par le chirurgien (Cass. Crim., 30 mai 1991, n° 90-84420).
56. La Cour européenne des droits de l'homme impose aux Etats l'accès des transsexuels aux opérations chirurgicales de réassignation sexuelle, ainsi que la prise en charge par les organismes compétents des traitements « médicalement nécessaires » liés à ce type d'opération (CEDH, 12 septembre 2003, Van Kück c/ Allemagne, n° 35968/97 et 11 septembre 2007, L. c/ Lituanie, n° 27527/03).

57. CEDH, 25 mars 1992, *B c/ France*, n° 13343/87 ; 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*; 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95 ; 23 mai 2006, *Grant c/ Royaume-Uni*, n° 32570/03.
58. FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes 'trans' en France : du transsexualisme à la transidentité », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, Bruxelles, Limal, Anthémis, 2012, p. 97 : « Loin de reconnaître explicitement la conversion de sexe et de faire place à une identité à l'identité de genre, elle insiste seulement sur le changement d'apparence, comme pour sous-entendre qu'il n'y aurait qu'une apparence de changement, qui laisserait l'identité d'origine intacte ».
59. Cass. Ass. Plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900.
60. Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juin 2012, n° 11-22490.
61. Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 13 février 2013, n° 11-14515 : « Ni le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, ni la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil n'imposent à une personne de subir un processus irréversible de changement de sexe et d'en rapporter la preuve pour obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre qu'elle a choisie ».
62. CNCDH, Avis du 27 juin 2013 sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, *op.cit.*, paragraphe 18.
63. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'homme et identité de genre », *op.cit.*, p. 18.
64. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 45 : « Entre le début de la prise en charge médicale et la décision de l'opération de réassignation sexuelle, il s'écoule au minimum deux ans, auxquels s'ajoutent les délais d'attente pour l'intervention, puis les délais judiciaires devant le TGI pour la demande de modification de la mention du sexe dans l'état civil (délais fortement rallongés en cas de demande d'expertise). On peut ainsi arriver à un délai total de 5 ans ».
65. *Ibid.*, pp. 28 et s.
66. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 37 : « La question de l'identité sexuelle pourrait être non plus une affaire qui concerne le statut juridique des personnes, comme aujourd'hui, mais une question d'ordre privé à l'image de la religion, des préférences sexuelles ou des convictions morales, que personne ne souhaite désormais voir inscrire sur nos papiers d'identité ».
67. DEBET Anne, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, 1<sup>er</sup> juillet 2004, n° 131, p. 22.
68. CNCDH, Avis du 27 juin 2013 sur l'identité de genre et sur le changement de la mention du sexe à l'état civil, *op.cit.*, paragraphe 22.
69. Voir les Principes de Jogjakarta, principe n° 3 : « Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre ».
70. Circulaire n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil, NOR : JUSC1012994C.
71. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'homme et identité de genre », *op.cit.*, p. 18 : « Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions ».
72. FORTIER Corinne, BRUNET Laurence, « Changement d'état civil des personnes 'trans' en France : du transsexualisme à la transidentité », *op. cit.*, p. 72.

73. VIALLA François, « Iphis ou Atlante : la transidentité saisie par le droit », in MATEU Jacques, REYNIER Mathieu, VIALLA François, *Les assises du corps transformé. Regards croisés sur le genre*, op. cit., p. 246.

74. Voir par exemple la Proposition de loi visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, des sénatrices Maryvonne BLONDIN et Michèle MEUNIER, enregistrée à l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011.

75. Par exemple, l'arrêt de la CJUE du 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council* prévoit que les discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle constituent une discrimination fondée sur le sexe. Cependant, cette solution pose un certain nombre de difficultés, liées notamment au choix du comparateur dans le raisonnement des juges, lors de contentieux relatifs à la discrimination de transsexuels. En effet, les juges de la Cour de justice peinent à trouver le comparateur approprié pour conclure à une discrimination fondée sur le sexe d'une personne ayant opéré une conversion sexuelle. En effet, la simple comparaison des situations entre hommes et femmes ne permet pas de conclure à une différence de traitement illégitime dans ce contexte. Faut-il alors comparer la situation de la personne transsexuelle à celle d'une personne n'ayant pas opéré une telle conversion ? Est-il opportun de comparer la situation d'une personne transsexuelle après opération avec celle d'une personne née du même sexe ? Faut-il admettre que la conversion sexuelle soit établie en dehors de toute opération chirurgicale de réassignation sexuelle ? Ces questions ne sont pas clairement tranchées par les juges.

76. Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations envers les femmes, adoptée le 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, et notamment l'article 5 qui enjoint les Etats parties à : « Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».

77. Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée le 11 mai 2011, article 3 : « Le terme 'genre' désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes » et article 12 : « Les Parties prennent les mesures nécessaires pour promouvoir les changements dans les modes de comportement socioculturels des femmes et des hommes en vue d'éradiquer les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondés sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes ». S'agissant du droit de l'Union européenne, voir la Résolution 1751 du 25 juin 2010 sur la lutte contre les stéréotypes sexistes dans les médias ; voir également le Rapport sur l'élimination des stéréotypes de genre dans l'Union européenne du 13 mars 2013.

78. Voir notamment le Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes adoptée en première lecture par l'Assemblée Nationale le 28 janvier 2014. Selon le législateur : « Réaliser l'égalité nécessite de déconstruire ce système et l'ensemble des automatismes et des stéréotypes ancrés dans les mentalités » (étude d'impact du projet de Loi, p. 10). Voir le Rapport de l'Inspection Générale des Affaires Sociales de décembre 2012 sur l'égalité entre les filles et les garçons dans les modes d'accueil de la petite enfance, p. 3 : « L'apprentissage est central, ce qui légitime la promotion d'une éducation qui n'enferme pas les enfants dans des rôles sexués stéréotypés et n'entrave pas l'épanouissement de leur potentiel de développement ». Voir la Circulaire du 23 août 2012 relative à la mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes : « Au sein du Gouvernement, la ministre des droits des femmes est chargée de conduire un programme d'action ambitieux pour faire significativement progresser l'égalité professionnelle, la parité, la protection des femmes contre toutes les formes de violence et la lutte contre les stéréotypes de genre ». Voir le Rapport du

Commissariat général à la stratégie et à la prospective, Lutter contre les stéréotypes filles-garçon. Un enjeu d'égalité et de mixité dès l'enfance, janvier 2014.

79. TIMMER Alexandra, « Toward an Antistereotyping Approach for the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, p. 715 : « Stereotypes tend to fixate gender identities and gender roles and make them appear as real, universal, eternal, natural, essential and for, unchangeable ».

80. ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », in REGINE, *Ce que le genre fait au droit*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 94-95. L'auteure retient trois types de stéréotypes de genre qui différencient hommes et femmes : premièrement, les croyances liées aux qualités intellectuelles et psychiques : « À la rationalité et la détermination masculines s'opposeraient la sensibilité et l'irrationalité féminines » ; deuxièmement, celles concernant les aptitudes physiques : « À la force masculine s'opposerait la fragilité féminine » ; troisièmement, la distinction des fonctions sociales : « L'homme le soutien du foyer et la femme la gardienne de celui-ci ».

81. BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 17 : « Nous avons incorporé, sous la forme de schèmes inconscients de perception et d'appréciation, les structures historiques de l'ordre masculin ».

82. Etude d'impact du Projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes, p. 3 et 10 : « Cette troisième génération des droits des femmes repose sur un effort sans précédent pour assurer l'effectivité des droits acquis d'une part, mais aussi sur un travail d'éducation et de changement des comportements pour agir sur la racine des inégalités. Ce travail, qui commence dès l'école, doit se faire également dans les institutions, dans les administrations, au sein de la famille, dans l'entreprise, dans les médias et les associations. Parce que les inégalités sont présentes partout, nous devons agir partout ».

83. HALLEY Janet, « Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit ? », *Jurisprudence-Revue critique*, 2011, pp. 109-132.

84. COOK Rebecca, CUSACK Simone, *Gender Stereotyping. Transnational legal perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 20 : « Gender stereotyping is not necessarily problematic. It becomes problematic when it operates to ignore individuals' characteristics, abilities, needs, wishes, and circumstances in ways that deny individuals their human rights and fundamental freedoms and when it creates gender hierarchies ».

85. US Supreme Court, 25 janvier 1971, *Phillips c/ Martin Marietta Corp.*, 400 US 542 (1971), cité par ROMAN Diane, ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 99.

86. US Supreme Court, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), cité par MERCAT-BRUNS Marie, « La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique », *Jurisprudence, Revue critique*, 2011, p. 98.

87. *Ibid.* p. 100 : « C'est la non-conformité à la norme sociale binaire (homme v. femme) par le décalage entre la conception du sexe biologique et le comportement qui y est associé, conforté par l'observation des sciences sociales, qui se traduit par la preuve de la discrimination sous forme de préjugés ».

88. Par exemple, sont considérés comme des discriminations : l'interdiction pour les hommes mariés de pouvoir adjoindre à leur nom celui de leur épouse (CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, n° 16213/90) ; l'obligation faite aux hommes d'accomplir un service de sapeur-pompier (CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, n° 13580/88).

89. CEDH, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06, paragraphe 132 : « La Cour n'est donc pas convaincue par l'argument du Gouvernement relatif au lien biologique et psychologique particulier qui existe entre la mère et le nouveau-né après la naissance [...] La Cour conclut que,

pour ce qui est des soins à apporter à l'enfant pendant la période correspondant au congé parental, les hommes et les femmes sont placés dans des 'situations analogues' ».

90. *Ibid.* paragraphes 140-143 : « Les sociétés européennes contemporaines ont évolué vers un partage plus égalitaire entre les hommes et les femmes des responsabilités en matière d'éducation des enfants, et que le rôle des pères auprès des jeunes enfants est mieux reconnu ».

91. ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 108 : « Le refus de donner corps au stéréotype de la mère 'principale sollicitante' aboutit à ignorer les rapports sociaux qui font peser certaines responsabilités sur les femmes et laisse perdurer un système globalement défavorable à ces dernières ».

92. SUK Julie, « Are gender stereotypes bad for women ? Rethinking antidiscrimination law and work-family conflict », *Columbia Law Review*, Vol. 110, January 2010, p. 4 : « Americans reject the presumption that every woman should take a long maternity leave because that assumption is premised on paternalistic gender stereotypes, rather than respect for a woman's choice ».

93. *Ibid.*, p. 16.

94. *Ibid.*, p. 43.

95. Article 17 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

96. CJCE, 25 juillet 1991, *Stoekel*, C-345/89.

97. ROMAN Diane, « Les stéréotypes de genre, 'vieilles lunes' ou nouvelles perspectives pour le droit ? », *op. cit.*, p. 119.

98. Rapport du Parlement européen sur l'élimination des stéréotypes de genre dans l'Union du 6 décembre 2012, p. 5.

99. Etude d'impact du Projet de loi, *op.cit.*, p. 47.

100. Rapport du Parlement européen précité, p. 5 : « Considérant que les rôles et stéréotypes associés aux hommes et aux femmes continuent d'avoir une forte influence sur la répartition des rôles à la maison, sur le lieu de travail et dans la société au sens large, les femmes étant souvent représentées comme les personnes en charge de la maison et des enfants alors que les hommes sont représentés comme les personnes qui ramènent de l'argent et qui protègent; considérant que les stéréotypes associés aux hommes et aux femmes tendent à maintenir le *statu quo* en ce qui concerne les obstacles hérités du passé qui entravent la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes, qu'ils limitent l'éventail des possibilités d'emploi et d'évolution des femmes, ce qui les empêche d'exploiter pleinement leur potentiel en tant que personnes et agents économiques; et qu'ils constituent dès lors des obstacles sérieux à la réalisation de l'égalité entre les hommes et les femmes ».

101. Article L. 531-1 et s. du Code de la sécurité sociale : Prestation individuelle (53 % du SMIC net) ouverte au parent qui interrompt ou réduit son activité pour s'occuper d'un enfant de moins de trois ans, sous conditions de cotisation vieillesse (huit trimestres) et dont 96,5 % des bénéficiaires actuels sont des femmes.

102. FREDMAN Sandra, « Beyond the dichotomy of formal and substantive equality : towards a new definition of equal rights », in BOEREFIJN Ineke, *Temporary special measures. Accelerating de facto equality of women under Article 4(1) UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Antwerp, Oxford, New York, Intersentia, 2003, pp. 111-118 : « It has become clear that a focus on equality of outcome is not in itself sufficient. Quantitative evaluation also requires qualitative change. Any attempt to achieve equality of results without changing underlying structures will be temporary and short-lived. The new generation of equality is therefore transformative and positive ».

103. BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 158 : « Seule une action politique prenant en compte réellement tous les effets de la domination qui s'exercent à travers la complicité objective entre les structures incorporées (tant chez les femmes que chez les hommes) et les structures des grandes institutions où s'accomplit et se reproduit l'ordre masculin [...] pourra

sans doute, à long terme, et à la faveur des contradictions inhérentes aux différents mécanismes ou institutions concernés, contribuer au dépérissement progressif de la domination masculine ».

104. GREENSBURG, « Defining male and female : intersexuality and the collision between law and biology », *Arizona Law Review*, vol. 41, 1999, pp. 265-328.

105. Voir par exemple l'interview du Ministre de l'éducation François PEILLON, publiée dans *Le Figaro* du 28 avril 2013, à propos de l'utilisation du terme « genre » dans la Loi du 8 juillet 2013 : « Je suis contre les théories du genre quand elles vont jusqu'à la négation de la différence sexuelle ».

106. BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la Loi », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, p. 266 : « Le genre devient ainsi une épistémologie permettant de donner sens à la différence de sexes ». « Le genre demeure très actuel en tant que dispositif de la différence des sexes, soubassement du lien conjugal et parental. Le principal obstacle à l'égalité cesse donc d'être le genre en tant que 'classe de femmes' pour devenir le genre comme complémentarité, critère renvoyant à la prééminence de l'hétérosexualité ».

107. DELPHY Christine, *L'ennemi principal II. Penser le genre*, Paris, Syllepse, 2001, pp. 246-252.

108. WITTIG Monique, *La pensée straight*, Paris, Balland, 2001, p. 72 et s. : une révolution aurait impliqué que l'on passe d'un « paradigme d'opposition des catégories » (les hommes et les femmes sont des catégories essentialisées, qui sont différents, qui s'opposent) à un « paradigme d'oppression » (les catégories d'opposition sont des catégories politiques et sociales et non pas des catégories métaphysiques et naturelles).

109. DELPHY Christine, *L'ennemi principal II. Penser le genre*, *op. cit.*, 28.

110. BERTINI Marie-Joseph, *Ni d'Eve ni d'Adam. Défaire la différence des sexes*, Paris, Max Milo, 2009, p. 129 : « Le genre est un pouvoir soutenu par le savoir qu'est l'ordre symbolique [...] l'ordre symbolique dit le vrai, [c'est] le produit des énoncés objectifs et universels à partir desquels s'originent nos normes, nos lois et nos règles ainsi que les valeurs qui les hiérarchisent entre elles ». Le droit est l'ordre symbolique en acte qui « cherche à hisser la morale à un niveau transcendantal (elle devient l'expression de la nature humaine) ».

111. DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, *op. cit.*, p. 26

112. LOCHAK Danièle, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », *op. cit.*, p. 660.

113. Instruction générale de l'état civil, §288 alinéa 1er : « Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain [...] il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin [...] ». Alinéa 3 : « Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents [...] ».

114. Nous reprenons ici l'étude réalisée par Benjamin MORON-PUECH, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 12.

115. Par exemple art. R. 57 du Code de procédure pénale ; art. L. 131-1 du Code de l'éducation ; art. L. 1323-1 du Code de la défense ; art. L. 3221-1 et -7 du Code du travail ; art. L. 4151-7 du Code de santé publique.

116. Art. 71, 388, 980 du Code civil ; art. 713-3 et 723-3 du Code pénal ; art. 255 du Code de procédure pénale ; art. L. 1142-2 et L. 112-1 du code du travail ; art. L. 311-2 et L. 351-1 du CSS ; art. L. 144 et L. 473 à L. 476 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre ; art. 159 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure ; art. D. 732-38 du Code rural.

117. Par exemple, article L. 6112-1 du Code du travail. Voir CA Paris, 18 janv. 1974, *GP*, 1974, 1, 158 : « 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 ».

**118.** REIGNÉ Philippe, « Sexe, genre et état des personnes », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 42, 17 Octobre 2011, doctr. 1140, p. 1889.

**119.** CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *International Journal of Law, Policy and the Family* 16, 2002, p. 329 : « It is society rather than nature which has created the expectation that there are only two sexes ».

**120.** MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 20.

**121.** *Ibid.*, p. 20.

**122.** DORLIN Elsa, « Sexe, genre, intersexualité : la crise comme régime théorique », *Raisons politiques*, n° 18, 2005/2, p. 127 : « La crise scientifique y est définie comme « le point critique auquel parvient une théorie lorsqu'elle devient incapable de rendre compte d'un phénomène ». Il y a une crise des identités sexuées car « tout fondement naturel de la bicatégorisation sexuée semble donc introuvable et nécessairement approximatif [...] Il y a des conformations sexuées et non pas deux sexes mâles et femelles ».

**123.** Rapport de la Commission européenne sur la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées, *op.cit.*, p. 12 : « Les 'personnes intersexuées' diffèrent des transgenres par le fait que leur statut n'est pas lié au genre, mais est plutôt associé à leur conformation biologique (caractéristiques génétiques, hormonales et physiques) qui n'est ni exclusivement mâle ni exclusivement femelle, mais est typique des deux à la fois ou non clairement définie comme l'un ou l'autre. Ces spécificités peuvent se manifester au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires telles que la masse musculaire, la pilosité, la poitrine et la stature, des caractéristiques sexuelles primaires telles que les organes reproducteurs et les parties génitales et/ou des structures chromosomiques et des hormones. Le terme 'intersexuation' a remplacé celui d'« hermaphrodisme », largement utilisé par les médecins au cours des XVIIIe et XIXe siècles ».

**124.** CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *op. cit.*, p. 328 : « The strict division between male and female is not a stable distinction. It is the condition of intersexuality, which is far from exceptional, that demonstrates the instability of the division and should cause legal systems and medical practice to reconsider whether every person must be classified as either male or female ».

**125.** Rapport de la Commission européenne sur la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers les personnes trans et intersexuées, *op.cit.*, p. 9 : « Les sociétés européennes se fondent sur des normes tirées de l'idée simpliste d'une dichotomie de deux sexes définis biologiquement, qui s'excluent mutuellement, auxquels différents rôles et comportements sont attribués traditionnellement (le modèle binaire du genre). Les personnes qui ne s'intègrent pas aisément dans ces normes telles que les personnes trans ou intersexuées rencontrent de nombreuses difficultés, tant sur le plan pratique dans leur vie quotidienne que sur le plan juridique ».

**126.** HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 34<sup>e</sup> éd., 2013, p. 102. Voir aussi, TROPER Michel, « Les classifications en droit constitutionnel », *RDP*, 1989, p. 945.

**127.** WEISS J-T, citée par CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *op. cit.*, p. 352, à propos du contentieux relatif à la modification de l'état civil des transsexuels : « These courts fail to take into account the alternative possibility that the incongruity is created not by transsexuality, but by our society and the heteronormative standard itself ».

**128.** DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *op. cit.*

**129.** Instruction générale relative à l'état civil du 21 septembre 1955, révisée intégralement le 11 mai 1999, NOR: JUSX9903625J.

130. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 23 : « Seulement 0,1 à 0,2 % de ces naissances reçoivent une chirurgie génitale 'correctrice' ».
131. MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 31.
132. *Ibid.*, p. 37.
133. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 23.
134. CA Versailles, 22 juin 2000, JCP G 2001, II, 10595, note P. GUEZ.
135. La notion de « sexe d'élevage » est utilisée par les juges de la Cour d'appel dans l'arrêt précité.
136. FOUCAULT Michel, « Le vrai sexe », *Dits et écrits*, Tome IV, n° 287, 1994, p. 117 : il s'agit de « déchiffrer quel est le vrai sexe qui se cache sous ces apparences confuses », ce qui conduit à la « disparition du libre choix [...] Ce n'est plus à l'individu de décider de quel sexe il veut être juridiquement ou socialement ; mais c'est à l'expert de dire quel sexe la nature a choisis et auquel la société doit lui demander de se tenir ».
137. Sénat, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, Note sur la modification de la mention du sexe à l'état civil, mai 2012.
138. Bien que le décret n° 2010-125 du 8 février 2010 ait supprimé les « troubles précoces de l'identité de genre » de la liste des « affections psychiatriques de longue durée » prévue dans le Code de la sécurité sociale (article D. 322-1), le constat d'un trouble mental lié à la dysphorie de genre demeure une condition pour engager la procédure de changement de sexe.
139. *Ibid.*, p. 77.
140. Rapport du Commissaire aux droits de l'homme, Thomas HAMMARBERG, « Droits de l'homme et identité de genre », *op.cit.*, p. 23 : « Ces classifications peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes transgenres, notamment si elles servent à limiter leur capacité juridique ou à leur imposer un traitement médical ».
141. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 34 : « Dans ce sens, on doit rapprocher le remboursement des interventions de réassignation sexuelle de celui d'autres actes qui ne sont pas des traitements de maladies du corps ou de l'esprit, tels que la contraception, l'avortement ou la procréation médicalement assistée. Ces procédés sont proches de la conversion sexuelle dans la mesure où ils ne sont pas voués à combattre un quelconque dysfonctionnement de la 'nature', mais au contraire à aller contre son fonctionnement 'normal' ».
142. CEDH, 13 novembre 2012, *H. c/ Finlande*, n° 37359/09.
143. *Ibid.*, paragraphe 48.
144. Notons que la Cour a jugé que les articles 8 et 12 de la Convention n'imposent pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe (CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04).
145. CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, paragraphe 90.
146. FASSIN Eric, « L'empire du genre », *op. cit.*, p. 378.
147. *Ibid.*
148. BUTLER Judith, *Trouble dans le genre, pour un féminisme de la subversion*, *op.cit.*
149. FASSIN Eric, « L'empire du genre », *op. cit.*, p. 377.
150. FAUSTO-STERLING Anne, citée par CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *op. cit.*, p. 338 : « Why must we amputate or surgically hide that 'offending shaft' found on an especially large clitoris ? The answer: to maintain gender divisions, we must control those bodies which are so unruly as to blur the borders. Since intersexuals quite literally embody both sexes, they weaken claims about sexual difference ».

151. Rapport de la Commission européenne relatif à la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre, *op.cit.*, p. 12 : « Les 'sans-genres' sont des personnes sans identité de genre qui refusent d'être considérées comme hommes ou femmes ».
152. Cette solution a notamment été retenue par le législateur allemand. L'article 22 alinéa 3 de la loi relative à l'Etat civil, inséré par l'article 2 de la loi du 22 janvier 2013, prévoit en effet que si on ne peut classer l'enfant ni dans le sexe masculin, ni dans le sexe féminin, dans ce cas il convient de l'inscrire dans les registres de naissance sans indiquer cette information.
153. CHAU P-L, HERRING Jonathan, « Defining, assigning and designing sex », *op. cit.*, p. 356 : « Once it is accepted that the argument that the male-female dyad is a social construction, which unreasonably restricts people's sexual identity into one of two sexes, it becomes hard to deny that restricting people to three identities is open to identical objections ».
154. B MORON-PUECH Benjamin, *Les intersexuels et le droit*, *op. cit.*, p. 73.
155. Voir par exemple FAUSTO-STERLING Anne, « The Five Sexes: why male and female are not enough », *The Sciences*, May/April 1993, pp. 20-24.
156. BORRILLO Daniel, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la Loi », *op. cit.* p. 273 : « Un sujet de droit sans genre (plutôt qu'avec plusieurs genres) deviendrait le principe gouvernant la nouvelle grammaire sexuelle. Il suffirait pour cela de mettre fin à la pratique d'inscription du sexe des individus à la naissance ». Voir également Rapport de la HAS précité, p. 36 : « Cela n'impliquait pas, bien entendu, d'effacer la différence de sexe de la réalité sociale, mais de faire du genre une affaire vraiment privée, comme la religion ou le groupe ethnique ».
157. DUVERT Cyrille, « L'homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », *op. cit.* p. 35.
158. Rapport de la HAS relatif à la situation actuelle et aux perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, *op.cit.*, p. 36.
159. BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, 2012, p. 24 : « 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 de santé ne sont pas inscrits dans les documents d'identité, cela n'a jamais empêcher 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 ».
160. *Ibid.*, p. 23 : « 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 ».
161. Proposition de loi visant à la simplification de la procédure de changement de la mention du sexe dans l'état civil, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011.
162. DORLIN Elsa, « Sexe, genre et intersexualité : la crise comme régime théorique », *op. cit.*, p. 122
163. BORRILLO Daniel, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*, p. 10 : « La 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 complémentarités entre les sexualités, autrement dit, l'hétérosexualité obligatoire ».
164. BRANDAC Monique, « Unité ou pluralité de la notion de personne dans le Code civil, à la recherche de la personne de fait », in BLOCH Pascale, DUVERT Cyrille et SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, *op. cit.*, p. 15 : « La différence biologique des sexes s'exprime pourtant dans les conditions de l'établissement de la filiation ». Voir notamment sur cette évolution, IACUB Marcela, *L'empire du Ventre - Pour une autre histoire de la maternité*, Paris, Fayard, 2004.

165. IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », in *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL, 2002, p. 219 : « A partir de la Loi de 1972 et de celle de 1993, la 'vérité biologique' comme fondement de la filiation s'est imposé en droit français, en rapprochant la notion de père de celle de 'généteur'. Est réputé père l'homme qui a couché avec la mère de l'enfant ».
166. BORRILLO Daniel, « La parenté et la parentalité dans le droit : conflit entre le modèle civiliste et l'idéologique naturaliste de la filiation », in DORLIN Elsa, FASSIN Eric, *Reproduire le genre*, Paris, BPI, 2010, p. 124 : « Le modèle civiliste permettait l'autonomie du droit par rapport à la nature ».
167. FASSIN Eric, « L'anthropologie de la reproduction », in DORLIN Elsa, FASSIN Eric, *Reproduire le genre*, op. cit., p. 45.
168. Lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994.
169. BORRILLO Daniel, « La parenté et la parentalité dans le droit : conflit entre le modèle civiliste et l'idéologique naturaliste de la filiation », op. cit., p. 127 : « Tout ce processus a produit une 'naturalisation' du couple hétérosexuel comme fondement de la filiation : une sorte d'ordre symbolique auquel notre droit civil ne peut que se soumettre ».
170. Article L. 2141-1 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ». Article L. 2141-2 : « Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. ».
171. FASSIN Eric, in *Discriminations : pratiques, savoirs et politiques*, op. cit., p. 9 : « L'inégal accès à la procréation consenti par la Loi et les services de l'Etat en raison de l'orientation sexuelle est le plus souvent justifié dans des termes pareillement naturalisés, comme si la physiologie définissait le droit. Dans chaque cas, l'opposition entre 'eux' et 'nous' semble aller de soi, tant elle paraît construite sur des données naturelles et non sur des propriétés sociales ».
172. IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », op. cit., p. 203.
173. *Ibid.*, p. 207.
174. ROY Odile, « Procréation médicalement assistée et révision des Lois bioéthiques françaises », in GALLUS Nicole, *Droit des familles, genre et sexualité*, op. cit., p. 143 : « Le premier argument invoqué pour réserver l'AMP au couple hétérosexuel consiste à affirmer que les conditions d'accès à l'AMP doivent être calquée sur celles de la filiation par le sang ».
175. IACUB Marcela, « Un crime parfait : l'assistance médicale à la procréation », op. cit., p. 208 : « La mère aura ainsi un rapport charnel et direct avec l'enfant, par opposition à celui du père, abstrait et intellectuel ; et la Loi continuera ainsi à 'imiter' la nature ou, tout du moins, l'image qu'elle se fait de celle-ci ».
176. *Ibid.*, p. 219.
177. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.
178. BERTINI Marie-Joseph, *Ni d'Eve ni d'Adam. Défaire la différence des sexes*, op. cit., p. 177 : « Les sociétés contemporaines sont celles qui n'ont plus besoin de père (ni de la mère conçue comme opposée complémentaire) mais qui nécessitent des parents (prendre soin) ».
179. Voir sur la teneur précise des débats, FONDIMARE Elsa, MARGUET Laurie, « Droit au mariage : La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 21 mai 2013 : « Selon les opposants au Projet de loi, il est nécessaire que ce 'processus naturel' reste valorisé et que certains mécanismes juridiques de filiation telle que la présomption de paternité reste une réalité juridique, celle-ci étant la 'preuve d'un cadre familial équilibré'. Selon cette conception, le mariage n'est pas un simple contrat 'mais une institution intimement liée à la filiation', filiation à comprendre ici comme assimilée à la procréation ».

**180.** Un amendement adopté à l'initiative du Rapporteur de la Commission des lois et de la Commission des affaires sociales et modifié par le Sénat, a ainsi proposé un article 6-1 avant le titre I du Livre I du Code civil, qui énonce que « le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les Lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ; au a) de l'article 34, les mots : 'père' et 'mère' sont remplacés par le mot : 'parents' ; au dernier alinéa de l'article 75, les mots : 'mari et femme' sont remplacés par le mot : 'époux' ; au deuxième alinéa de l'article 371-1, les mots : 'père et mère' sont remplacés par le mot : 'parents' ». Par exception, seules certaines dispositions sont concernées par la substitution des termes 'père' et 'mère'.

**181.** BERTINI Marie-Joseph, *Ni d'Eve ni d'Adam. Défaire la différence des sexes*, *op. cit.*, p. 44.

**182.** *Ibid.*, p. 170 : « Il n'y a donc pas de différence de sexes pure, autrement dit, la différence des sexes n'est rien, ne possède aucune essence, ce qui ne signifie pas qu'elle n'existe pas, mais qu'elle tente de s'imposer à nous sous la forme d'une spécification, d'une détermination particulière, de type à la fois biologique, psychique, social, politique et culturel ».

**183.** *Ibid.*, p. 96 : « L'objectif n'est donc pas de refuser l'idée et la forme de la subjectivité mais de participer à promouvoir de nouvelles formes de subjectivités en refusant le type d'individualité qu'on nous a imposé depuis des siècles ».

**184.** CE, Ass., 7 mai 2013, *Fédération CFTC de l'agriculture (CFTC-AGRI) et Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation, des tabacs et des services annexes - FO (FGTA-FO)*, n° 362280.

**185.** *Ibid.* : « Le législateur est seul compétent, tant dans les matières définies notamment par l'article 34 de la Constitution que dans celles relevant du pouvoir réglementaire en application de l'article 37, pour adopter les règles destinées à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats, fonctions et responsabilités mentionnés à l'article 1er précité ; qu'il appartient seulement au Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution, sous réserve de la compétence conférée au Président de la République par l'article 13 de la Constitution, de prendre les dispositions d'application de ces mesures législatives ».

**186.** ROMAN Diane, HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, « Seul le législateur peut imposer la parité hommes-femmes dans les listes de candidats aux élections aux chambres d'agriculture », *RFDA*, 2013, p. 882.

**187.** Arrêt CE, Ass., 7 mai 2013, *op.cit.* : l'objet des dispositions constitutionnelles relatives à la parité est « de combiner le principe constitutionnel d'égalité, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, interdisant de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune, et l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

**188.** LE POURHIET Anne-Marie, « La loi du genre », *RFDA*, 2013, p. 1251.

**189.** Alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégré dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

**190.** Dans sa décision du 14 août 2003 sur la loi portant réforme des retraites, le Conseil constitutionnel a par exemple admis que des avantages sociaux pouvaient être accordés uniquement aux femmes. Une telle possibilité repose sur le constat d'une inégalité de fait dont la compensation est justifiée par l'intérêt général et dont le caractère temporaire est souligné.

**191.** FREDMAN Sandra, « Beyond the dichotomy of formal and substantive equality : towards a new definition of equal rights », *op. cit.* : « Once it is accepted that equality means restructuring society on the basis of a new and different relationship between men and women, then measures which benefit women or reduce the privilege of men are seen to further equality ».

192. DELPHY Christine, *L'ennemi principal II. Penser le genre*, op. cit., p. 30 : « C'est dans le même moment et par le même mouvement que les groupes sont créés dominants et dominés. La question de la différence ou des différences ne se pose alors plus : ou plutôt, elle se pose de façon entièrement différente. Là où les différences ne peuvent avoir un quelconque rôle causal dans la hiérarchie puisqu'elles ne lui préexistent pas ».

193. *Ibid.*, p. 15 : Christine DELPHY évoque ainsi les écueils du féminisme différentialiste et essentialiste, qui s'appuie sur la différence naturelle qui existerait, selon cette conception, entre les hommes et les femmes, pour fonder leur revendication d'égalité. L'auteure prend l'exemple de la parité, revendiquée parfois au nom d'une meilleure représentativité du groupe « femme » et de l'intégration, au sein de la démocratie, des valeurs dites féminines. Une telle conception tend à réinscrire la naturalité de la différence des sexes dans les normes juridiques, renforçant dès lors l'évidence de la bicatégorisation sexuée, en somme, le système de genre. L'auteure oppose ainsi les défenseurs de la parité, qui continuent à appréhender la différence entre les hommes et les femmes comme une différence naturelle, figée, complémentaire, à « une campagne fondée sur le redressement de torts historiques », qui « aurait au contraire introduit l'idée que les 'sexe' sont des groupes sociaux ».

194. DAUGAREILH Isabelle, « Les discriminations multiples, une opportunité pour repenser le droit à la non-discrimination », *Hommes & migrations, Les discriminations au féminin pluriel*, n° 1292, juillet-août 2011, p. 37.

195. DORLIN Elsa, « De l'usage épistémologique et politique des catégories de sexe et de race dans les études sur le genre », *Cahiers du genre*, n° 39, 2005/2, p. 90.

196. CRENSHAW Kimberle, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminism Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139-140 : Kimberle CRENSHAW souligne en effet : « A problematic consequence of the tendency to treat race and gender as mutually exclusive categories of experience and analysis » et constate « How dominant conceptions of discrimination condition us to think about subordination as disadvantage occurring along a single categorial axis ».

197. Rapport de la Commission européenne, Lutte contre les discriminations multiples : pratiques, politiques et lois, septembre 2007, p. 17 : « La discrimination intersectionnelle désigne une situation où plusieurs motifs agissent et interagissent les uns avec les autres en même temps d'une manière telle qu'ils sont inséparables ».

198. Sur la difficile reconnaissance par le droit des discriminations multiples subies par les femmes immigrées, voir par exemple CARLES Isabelle, « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique », *Hommes et migrations*, 2011, p. 48-56. Voir également le rapport de la HALDE, La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail, mars 2011.

199. Les discriminations multiples sont ainsi appréhendées dans plusieurs instruments juridiques : Directive 2000/43/CE Considérant 14 ; Directive 2000/78/CE Considérant 3 ; Décision du 20 décembre 2000, établissant un programme d'action communautaire concernant la stratégie en matière d'égalité entre les femmes et les hommes (2001-2005) : « La persistance de la discrimination d'ordre structurel fondée sur le sexe, la double et souvent multiple discrimination que subissent de nombreuses femmes, ainsi que la persistance des inégalités entre les femmes et les hommes justifient la poursuite et le renforcement de l'action communautaire dans ce domaine et l'adoption de nouvelles méthodes et approches » ; Décision du Parlement et du Conseil du 17 mai 2006 ; Rapport de la Commission européenne, Lutte contre les discriminations multiples : pratiques, politiques et lois, septembre 2007 ; Rapport de l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, La discrimination multiple, 2010.

200. CEDH, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovaquie*, n° 18968/07.

201. DAUGAREILH Isabelle, « Les discriminations multifactorielles fondées sur le genre et l'origine ethnique », *op. cit.*, p. 40.
202. DELPHY Christine, *L'ennemi principal II. Penser le genre*, *op. cit.*, p. 252.
203. BOURDIEU Pierre, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 42 : « Finalement, c'est l'opération de différenciation, efficace symboliquement, qui va instituer le rapport de hiérarchisation entre les sexes : la domination est relationnelle, elle ne peut exister sans la différenciation ».
204. FASSIN Eric, « L'empire du genre », *op. cit.*, p. 385.
205. VARIKAS Eleni, *op. cit.*, p. 205.
- 

## RÉSUMÉS

La notion de genre est aujourd'hui présente dans les instruments juridiques de lutte contre les discriminations français et européens et ce malgré les oppositions virulentes suscitées par son introduction en droit français. Cependant, si l'emploi du terme « genre » témoigne d'une révolution conceptuelle quant à la compréhension des inégalités et plus largement du processus de différenciation entre les sexes, il semble que la dimension la plus révolutionnaire du concept de genre ne soit pas prise en compte par le droit. Ainsi, le droit de la non-discrimination définit le genre comme « sexe social », à travers les notions d'« identité de genre » et de « stéréotype de genre », mais ne tend pas pour autant à appréhender – ni *a fortiori* à remettre en cause – le genre comme système de bicatégorisation sexuée. Une révolution du droit de la non-discrimination par le concept de genre nécessiterait d'adopter une perspective constructiviste, permettant de repenser le processus de différenciation et de construction des catégories, dans le but de saisir la complexité des phénomènes discriminatoires.

The notion of gender is present in French and European legal anti-discrimination frameworks, despite the hostility aroused by its introduction into French law. Nevertheless, if the use of the term “gender” shows a conceptual revolution regarding the understanding of inequalities and more widely of the differentiation process between sexes, it seems that the law does not consider the most revolutionary feature of the concept of gender. In fact, anti-discrimination law defines gender as “social sex”, through the notions of “gender identity” and “gender stereotype”, but it does not aim to grasp – or to question – gender as a system of sexual bicategorization. A revolution of anti-discrimination law through the concept of gender would require to adopt a constructivist viewpoint, which allows to rethink the differentiation and categorization process, in order to get the complexity of discriminations.

La noción de género esta hoy en día presente en los instrumentos jurídicos franceses y europeos de lucha contra las discriminaciones, y ello a pesar de virulentas oposiciones suscitadas por su inserción en el derecho francés. Sin embargo, si el empleo del término “genero” es testimonio de una revolución conceptual en cuanto a la comprensión de desigualdades y, de forma más amplia, del proceso de diferenciación entre sexos, parece que la dimensión más revolucionaria del concepto género no está siendo tomada en cuenta por el derecho. Así, el derecho a la no discriminación define el género como “sexo social”, a través de las nociones de “identidad de género” y de “estereotipo de género”, pero ello no tiende a entender – ni *a fortiori* a poner en tela de juicio – al género como sistema de bi-categorización sexuada. Una revolución del derecho a la no discriminación a través del concepto de género necesitaría adoptar una perspectiva

constructivista, permettant de repenser le processus de différenciation et de construction de catégories, avec l'objectif de comprendre la complexité des phénomènes discriminatoires.

## INDEX

**Mots-clés** : Discrimination – Egalité – Genre – Identité de genre – Sexe, Stéréotype

**Keywords** : Discrimination – Equality – Gender – Gender identity – Sex – Stereotype

**Palabras claves** : Discriminación – Igualdad – Género – Identidad de género – Sexo – Estereotipo.

## AUTEUR

### ELSA FONDIMARE

Elsa Fondimare, doctorante contractuelle en droit public au CREDOF, a débuté en 2011 une thèse sous la direction de Stéphanie Hennette-Vauchez sur le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination dans le cadre de la lutte contre les inégalités de genre.