



HAL
open science

Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques. Pierre Noreau; Louise Rolland. Mélanges Andrée Lajoie, Les Éditions Thémis, pp.659-689, 2008, 978-2-89400-244-5. hal-01714660

HAL Id: hal-01714660

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01714660>

Submitted on 21 Feb 2018

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

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

Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques

par Danièle Lochak

(Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
Université de Paris X-Nanterre)

In *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, université de Montréal, 2008,
En ligne : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/15-1_lochak.pdf

L'objet de cette étude n'est pas d'analyser pour eux-mêmes les rapports sociaux de sexe ni même la façon dont le droit entérine ou induit ces rapports, mais de repérer les endroits et les moments où la règle de droit est « sexuée » ou à l'inverse « aveugle au sexe » – « *genderblind* », comme on dit « *colorblind* ». Nous nous intéresserons aux contextes dans lesquels le droit prend (ou ne prend pas) en compte la dimension du sexe et du genre¹, attache des conséquences juridiques à la distinction homme/femme, autrement dit érige les « hommes » et les « femmes » en catégories juridiques, ainsi qu'aux raisons qui peuvent expliquer que, selon les cas, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue ou non une donnée juridiquement pertinente.

En guise de préambule, il convient de s'attarder un instant sur quelques caractéristiques des catégories juridiques. On peut définir les catégories juridiques comme des ensembles de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques. Les catégories juridiques entretiennent avec les catégories de l'expérience courante un rapport variable : la part respective du « donné » et du « construit » dans la constitution de ces catégories est très inégale, avec un continuum allant de celles qui sont intégralement construites par et pour le droit à celles qui semblent coller le plus étroitement au réel. Les premières appartiennent exclusivement au lexique juridique et n'ont d'autre sens que celui qui leur est conféré par le droit (on donnera l'exemple de l'hypothèque) ; les secondes, à l'inverse, se bornent à formaliser des faits ou situations qui ont une existence empirique (le mariage) ou appartiennent au champ de l'évidence (la distinction homme/femme).

Mais même lorsque les catégories du droit paraissent n'être qu'un reflet fidèle de la réalité empiriquement observable, il y a toujours, à l'origine de leur formation, un choix du législateur qui décide de donner un statut officiel et d'attacher des conséquences juridiques à telle ou telle donnée du réel. La fonction du droit n'est donc jamais purement cognitive, mais toujours aussi constitutive.

Il en résulte que la transformation d'une notion en catégorie juridique n'est pas neutre. D'abord parce que cette transformation, qui consiste à introduire la notion en question dans le corpus normatif et à lui faire produire des conséquences juridiques répond à certains objectifs, allant des plus pragmatiques aux plus idéologiques. Ensuite parce que cette transformation produit à son tour des effets non seulement pratiques mais symboliques. Il convient en effet de rappeler que le droit, au-delà ou plutôt en deçà de sa dimension normative, a aussi une dimension descriptive, qu'il est aussi discours, et discours qui prétend rendre compte du réel, qui prétend « dire vrai »². C'est d'ailleurs ce qui contribue à l'efficacité du droit, qui agit sur les comportements autant par la persuasion, en imprimant dans les représentations collectives une certaine idée de ce qui est « naturel » ou de ce qu'il est « normal » de faire et de ne pas faire, que par la force de ses prescriptions impératives.

Dans le cas qui nous occupe, la tentation est grande de considérer que le droit ne fait qu'entériner une réalité préexistante : l'évidence biologique n'est-elle pas qu'il y a des hommes et des femmes ? De fait, « hommes » et « femmes », avant d'être des catégories juridiques, sont des catégories biologiques, et donc « naturelles ». Pourtant, c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en « hommes » et « femmes », institutionnalise ainsi la différence des sexes ; c'est le droit qui

¹ Nous expliquons plus loin le sens que nous donnons à ces deux termes.

² Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre étude, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, Publications du CURAPP, PUF, 1983, p. 51.

décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations.

En résumé, ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologiques qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques. La division *juridique* des sexes ne va donc pas de soi, et le fait qu'elle ait survécu aux transformations qui ont affecté le statut des femmes dans un sens de plus en plus égalitaire justifie qu'on s'y intéresse.

Dualité des sexes, dualité des genres. Reprenant ici une terminologie désormais acquise, nous utiliserons le mot « sexe » pour renvoyer au sexe biologique, et le mot « genre » pour désigner le sexe « social », autrement dit ce qui est socialement construit dans la différence des sexes. La distinction entre les deux n'est toutefois pas étanche et il ne s'agit pas de laisser entendre qu'il y aurait d'un côté la nature, de l'autre la culture. Si la référence à la dualité des sexes peut donner l'impression qu'on est dans le registre de la nature, on s'aperçoit vite que cette dualité n'est pas aussi « naturelle » qu'elle paraît, au point que la nature pourrait bien être ici l'alibi d'une distinction enracinée dans des schémas culturels (I). En sens inverse, la référence à la « nature », et notamment à la biologie, a longtemps servi – et sert encore, dans une moindre mesure – de justification à la configuration inégalitaire des rôles sociaux assignés aux hommes et aux femmes, entérinée par le droit. C'est précisément à la lumière de la dialectique égalité-différence qu'il conviendra d'analyser l'effacement progressif puis la réapparition des marqueurs du genre dans la législation (II). Pour conduire cette réflexion, nous prendrons appui sur l'exemple de la législation française, placée aujourd'hui sous contrainte du droit européen – droit communautaire et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme –, sachant que la grille de lecture proposée devrait pouvoir être appliquée à des corpus différents.

I. La dualité des sexes entre nature et culture

Lorsque le droit assigne aux individus une identité sexuée – homme *ou* femme –, lorsqu'il ne veut reconnaître comme couples que celui formé par un homme *et* une femme, il ne fait en apparence qu'entériner un fait de nature, une donnée biologique incontestable. Mais ne contribue-t-il pas lui-même, ce faisant, à fonder « en nature » ce qui ne serait en réalité que (re)construction sociale ? Ainsi s'expliquerait la résistance du droit à prendre en compte les situations qui ne s'inscrivent pas dans le schéma de la dualité des sexes : le transsexualisme, qui remet en cause l'assignation d'une identité sexuée sur la base d'une distinction dichotomique des sexes masculin et féminin, d'un côté, l'union entre deux personnes de même sexe, disqualifiée comme contraire à l'ordre naturel des choses, de l'autre.

Homme *ou* femme : l'assignation d'une identité sexuée.

Chaque individu, à la naissance, doit être déclaré comme étant soit de sexe masculin, soit de sexe féminin, et cette donnée fait partie de son état civil. Cette alternative binaire n'est pourtant pas aussi naturelle qu'elle en a l'air puisqu'elle ignore les cas d'intersexualité, et elle rend particulièrement délicate la gestion des situations de transsexualisme.

L'intersexuation ignorée

La détermination du sexe se fait sur la base de marqueurs anatomiques et biologiques apparemment clairs : les organes sexuels externes, la morphologie, le système hormonal et chromosomique. Mais il arrive que tous les critères ne coïncident pas : on parle alors d'intersexualité, ou plus justement d'« intersexuation » dans la mesure où la sexualité n'est pas en cause. Ce phénomène est moins rare qu'on ne le croit, et il peut se présenter sous beaucoup de formes : « anomalies » géni-

tales (organes génitaux à la fois mâles et femelles, ou pas clairement définissables), plus rares mais immédiatement décelables, ou « anomalies » génétiques, souvent non décelées ou décelées à l'âge adulte, mais plus fréquentes³.

L'intersexuation est donc une variation naturelle de l'espèce humaine. Sans aller jusqu'à dire, avec les organisations de défense des droits des intersexué(e)s, que la division des sexes en deux catégories officielles a été imposée pour « gommer l'existence des intersexué(e)s à travers toute l'histoire afin de pouvoir perpétuer ce mythe bipolaire », force est néanmoins de constater que cette division a au moins autant à voir avec la « culture » qu'avec la « nature ». La dualité des sexes, en tant que soubassement des institutions – à commencer par l'institution du mariage – est (aussi) une construction sociale dont la légitimité est d'autant moins questionnée qu'elle est juridiquement sacrée.

Or cette dualité est loin d'être anodine, puisque, pour se conformer à l'injonction de la société entérinée par le droit, la médecine est amenée, non seulement à proposer des traitements aux intersexués afin qu'ils ressemblent le plus possible à l'une des deux catégories de sexes officiels, mais aussi à modifier le sexe des nouveaux nés visiblement intersexués. Lorsque naît un bébé de « sexe ambigu », les autorités médicales vont décider d'assigner à l'enfant un des deux sexes et procéder à un acte chirurgical pour « normaliser » ces enfants en leur fabriquant un sexe qui soit le plus proche de ses traits prédominants. On pourrait dire qu'ici la nature est contrainte de se plier à la culture qui, réinterprétant la nature, impose qu'il y ait deux sexes sur un mode alternatif. Reléguer les personnes intersexué(e)s au domaine médical est finalement un moyen commode de ne pas remettre en question la dichotomie des sexes.

Une des revendications des organisations d'intersexués est qu'on accepte de voir dans l'intersexuation, plutôt qu'une anomalie ou une malformation, un aspect de la variabilité du corps humain et qu'il soit mis fin aux chirurgies postnatales de mutilation des organes génitaux ainsi que, plus généralement, à tous les traitements médicaux imposés aux intersexué(e)s sans leur consentement, de façon à respecter le droit de chaque individu à déterminer sa propre identité⁴.

La difficile reconnaissance du transsexualisme

Le transsexualisme est distinct de l'intersexuation : alors que celle-ci a une cause physique clairement prouvée, le transsexualisme est généralement considéré comme un phénomène d'origine purement psychique⁵.

Le transsexualisme se caractérise par le sentiment irrésistible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, physiologiquement et juridiquement le sien, avec le besoin obsédant et constat de changer d'état sexuel, anatomie comprise. En France, les tribunaux ont

³ On peut, sur ces questions, se reporter au site de l'association Support Transgenre Strasbourg : http://www.sts67.org/fra_glossaire.htm ou à celui de l'organisation internationale des intersexué(e)s : <http://www.intersexualite.org/French-Index.html>.

⁴ Déclaration de Montréal, adoptée à la Conférence internationale sur les droits humains des LGBT en 2006, accessible depuis le site précité.

⁵ Nous utilisons ici, par souci de simplicité, un terme unique : celui de transsexualisme, qui est de surcroît le terme utilisé par les juristes. Il faudrait en toute rigueur faire des distinctions entre les différents phénomènes de transidentité, sachant que l'usage des termes fait lui-même l'objet de controverses. Pour l'association STS, la « transidentité » est le fait, pour une personne, de posséder une identité de genre (identité sexuée psychique) qui ne coïncide pas avec son sexe (identité sexuée physique). « Transgenre » désigne la personne dont le genre ne coïncide pas avec son sexe, c'est-à-dire qui a l'intime sentiment d'appartenir à un autre genre que celui que son corps laisserait supposer, et pour qui cet intime sentiment est durable. Le « transsexuel », ou plutôt « transsexué », est la personne transgenre qui souffre d'une dysphorie du genre au point de ressentir le besoin de modifier, d'une façon ou d'une autre, son corps (son identité sexuée physique), afin de le rapprocher de son ressenti (de son identité sexuée psychique). Voir le glossaire proposé sur le site de l'association, précité.

commencé à être saisi de ce problème à partir du milieu des années 60, et notamment de la question du changement d'état civil : question essentielle, puisque la modification d'état civil (prénom et indication du sexe) permet seule à l'intéressé d'échapper aux problèmes dus à la discordance entre son apparence physique et son identité juridique.

Aucun texte ne définit les éléments qui doivent être pris en compte pour la détermination du sexe : celle-ci résulte de l'indication portée sur l'acte de naissance au vu du certificat médical accompagnant la déclaration de naissance. Confrontée à la demande de personnes transsexuelles, les juges français, dans un premier temps, se sont fondés sur l'aspect physique extérieur de la personne, sa morphologie : le changement de sexe à l'état civil, considéré comme la rectification d'une erreur, s'obtenait par conséquent assez facilement. Dans un second temps, ils se sont fondés sur le sexe génétique, ce qui conduisait à l'inverse inéluctablement au rejet de toute demande de modification de l'état civil. À partir de 1976, on a admis qu'il fallait combiner les différentes composantes du sexe : morphologique, chromosomique, psychologique et psychosocial, ouvrant ainsi la voie à des appréciations plus complexes.

Après une longue période de flottement caractérisée par des jurisprudences divergentes des tribunaux et des cours d'appel, où ont été tour à tour invoqués, pour justifier le refus du changement d'état civil, le respect du corps humain, l'indisponibilité de l'état des personnes ou l'ordre public et les bonnes mœurs, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 mai 1990, a tranché la question en s'opposant à toute modification de l'état civil des transsexuels au motif que « le transsexualisme, même quand il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé ». L'avocat général n'avait pas caché les véritables motivations de l'arrêt : tout en disant n'être pas insensible à « la condition souvent misérable, parfois tragique, des transsexuels », il insistait sur la responsabilité qui pèse sur le juge de « défendre les règles qui gouvernent les rapports sociaux et les principes sur lesquels repose la société », et de les défendre face aux nouvelles demandes auxquelles le changement d'état civil ouvrirait la porte, concernant notamment la filiation ou le mariage entre personnes de même sexe.

On en revenait donc au point de départ : le sexe juridique est déterminé par le sexe génétique : un transsexuel, même opéré, ne peut acquérir génétiquement et donc juridiquement le sexe revendiqué.

Il a fallu la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour provoquer un revirement de jurisprudence en 1992. Avant de revenir à la France, il convient donc de rappeler l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de transsexualisme. Cette condamnation était en effet la première prononcée par la Cour dans ce domaine. La première affaire de ce type a été portée devant les instances de Strasbourg en 1979 (*Van Oosterwijck c/ Belgique*). La commission avait, déjà à l'époque, estimé que le refus de tenir compte dans l'état civil des modifications intervenues licitement constituait une méconnaissance du respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), car cela équivalait à refuser de reconnaître un élément déterminant de la personnalité du requérant, l'identité sexuelle, telle qu'elle résulte de la morphologie modifiée, de son psychisme, de son rôle social, et à l'enfermer dans un sexe qui n'est plus guère le sien. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fond, jugeant la requête irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes. Cinq ans plus tard, dans une affaire *Rees c/ Royaume-Uni*, la commission réitère sa position ; mais la Cour, dans un arrêt rendu en 1986, dit qu'il n'y a pas violation de l'article 8 en se fondant notamment sur les particularités des pratiques britanniques : les transsexuels peuvent, comme chacun, se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom qu'ils ont choisis, avec une photo récente, et indiquant à l'aide de l'abréviation pertinente (M., Mme ou Mlle), le cas échéant, le sexe qu'ils préfèrent ; et s'il arrive que la production d'un acte de naissance portant la mention du sexe de naissance soit exigée, ces hypothèses sont rares, ce qui limite d'autant les conséquences, pour la requérant, du refus de modifier son état civil. La Cour constate par ailleurs qu'il n'y a guère de communauté de vues en la matière

et qu'on est donc dans un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation⁶. Saisie également sur le fondement de la violation de l'article 12 qui reconnaît le droit au mariage, puisque le refus de modifier l'état civil rend impossible le mariage avec un conjoint du sexe opposé à celui qui est désormais le sien, elle se borne à répondre que l'article 12 « vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent ». Dans l'arrêt *Cossey c/ Royaume-Uni*, rendu le 27 septembre 1990, la Cour adopte la même attitude ; mais la décision est acquise à une courte majorité et il y est fait référence à l'éventualité d'un revirement de jurisprudence à brève échéance, puisque « la Convention devant toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen permanent ».

Bien que débouchant sur la condamnation de la France, ce n'est pas l'arrêt *B. c/ France*, rendu le 25 mars 1992, qui opérera le revirement annoncé : la Cour maintient le principe d'une marge d'appréciation importante pour les États, mais elle estime, en comparant la situation en France et en Grande-Bretagne en ce qui concerne la production des documents d'état civil ou des pièces d'identité ainsi que l'impossibilité de changer de prénoms, qu'il y a en l'espèce rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, la requérante « se trouvant quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée ». En 1998 encore (*Sheffield et Horsham c/ RU*, 30 juillet 1998), la Cour refuse de constater la violation des articles 8 et 12 dans une affaire concernant la Grande Bretagne, estimant que les inconvénients résultant pour les requérantes du fait d'être obligées dans certaines circonstances, peu fréquentes, de divulguer leur ancien sexe ne sont pas suffisamment graves pour entraîner une atteinte disproportionnée au respect de leur vie privée dès lors qu'elles peuvent obtenir des documents officiels avec leurs nouveaux prénoms et sexe. Sur le terrain de l'article 12, la Cour réitère que le droit de se marier vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexes biologiques différents, en tant que fondement de la famille.

Le revirement intervient avec l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, et il est radical puisqu'il porte à la fois sur l'article 8 et l'article 12. Revirement d'autant plus remarquable que, dans l'intervalle, l'état des législations internes n'a guère changé et qu'il n'existe pas plus qu'en 1998 de consensus sur la question⁷. Sur le terrain de l'article 8, en se fondant sur l'approche dynamique et évolutive de la Convention, la Cour estime nécessaire, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », de revoir sa jurisprudence, alors même que le degré d'ingérence quotidienne que subissait la requérante dans l'affaire *B. c/ France* n'est pas atteint. La violation du droit au respect de la vie privée ne doit pas seulement s'apprécier au regard de l'impossibilité dans laquelle sont placés les transsexuels de mener une vie sociale et professionnelle normale, mais aussi au regard de la notion d'autonomie personnelle qui inclut le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain. Au XXI^e siècle, dit la Cour, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée, justifiant le maintien d'une marge d'appréciation pour les États, et 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.

⁶ En Europe, seules la Suède (1972), l'Allemagne (1980), les Pays-Bas (1985), l'Italie (1982) et la Turquie (1988) ont adopté des lois relatives à l'identité sexuelle, et le contenu de ces législations est très variable. La loi italienne ne prévoit aucune autorisation judiciaire préalable à l'intervention et ne requiert aucune condition d'âge, de célibat, d'inaptitude à la procréation, etc. La loi suédoise impose une autorisation administrative et des conditions préalables : être célibataire, âgé de plus de 18 ans, avoir la nationalité suédoise. La loi allemande permet soit le simple changement de prénoms – dans ce cas le transsexuel peut rester marié et ne doit pas subir nécessairement une intervention chirurgicale –, soit un véritable changement d'état civil, mais dans ce cas l'intéressé doit notamment être célibataire, être inapte à la procréation et avoir acquis l'apparence de l'autre sexe.

⁷ Pour une critique tout aussi radicale (mais à nos yeux très contestable) de l'arrêt *Goodwin*, qui mêle arguments juridiques, philosophiques et psychanalytiques, voir Patrick WACHSMANN et Aluma MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *Rev. Trim. Dr. H.*, n° 56/2003, p. 1157.

Réexaminant également l'affaire sur le terrain de l'article 12, qui énonce que « l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille », la Cour observe que le second aspect n'est pas une condition du premier et que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait le priver du droit de se marier. Par ailleurs, si le mariage doit unir un homme et une femme, ces termes n'impliquent pas que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser un homme. Or elle n'en a pas la possibilité et elle peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier.

Revenons à présent en France où la Cour de cassation va accepter immédiatement de tirer les conséquences de l'arrêt *B. c/ France*, évitant ainsi une réforme législative. Dans un considérant de principe, elle énonce 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 l'état civil du transsexuel indique désormais le sexe dont il a l'apparence » (*Cass. ass. plénière, 11 décembre 1992*).

Quatre conditions doivent être réunies pour que le changement de la mention du sexe à l'état civil soit possible : le transsexualisme doit avoir été médicalement reconnu par une expertise judiciaire ; la demande doit intervenir après la réalisation des opérations de conversion sexuelle ; le transsexuel doit avoir une apparence physique le rapprochant du sexe qu'il revendique ; il doit avoir un comportement social correspondant à celui de son sexe. On relève que la Cour de cassation n'a pas remis en cause la définition juridique du sexe : elle ne dit pas que le transsexuel *est* du sexe qu'il revendique mais qu'il a une *apparence* physique qui le *rapproche* de l'autre sexe. Et surtout, les modifications de l'état civil ne sont possibles que dans les seuls cas où il y a eu traitement médico-chirurgical. Les personnes transgenre non opérées – alors même qu'elles ont adopté l'apparence physique et le comportement social de l'autre sexe – ne peuvent donc en bénéficier et se trouvent dans la même impasse qu'avant le revirement de jurisprudence de 1992⁸.

Quant à la possibilité de conclure un mariage pour la personne transsexuelle, une affaire récente, un peu atypique il est vrai, témoigne de la difficulté à accepter une solution pourtant compatible avec les données juridico-administratives lorsqu'elle s'éloigne par trop du schéma « naturel » dominant. La presse s'est fait l'écho, en 2005, de l'opposition du parquet au mariage de deux personnes transsexuelles : toutes deux étaient nées de sexe masculin, toutes deux avaient acquis les caractéristiques du sexe féminin, mais l'une avait obtenu un changement de sexe en 1999 tandis que l'autre était restée un homme pour l'état civil. Bien qu'au regard de l'état civil, elles fussent bien de sexe différent, le procureur s'est opposé au mariage, estimant que les intéressées entendaient s'unir par le mariage en tant que femmes⁹.

Cette difficulté du droit et des juges à reconnaître des situations qui ne s'inscrivent pas dans le schéma binaire de la différence des sexes se retrouve encore lorsqu'ils sont confrontés à la question des couples de même sexe.

B. Un homme *et* une femme : hors de la mixité, point de couple ?

Le droit conserve le monopole de la définition officielle de l'institution familiale, dont il délimite les contours et les éléments constitutifs, dont il fixe aussi les règles de constitution et de fonctionnement. Le couple, en particulier, peut bien préexister à toute prise en compte juridique, c'est

⁸ On trouve toutefois des arrêts de cours d'appel moins restrictifs, qui acceptent le changement d'état civil alors même que les modifications physiques ne sont que partielles (*CA Bordeaux, 25 janvier 1993*), ou que le demandeur a conservé un appareil génital féminin (*CA Aix-en-Provence, 9 novembre 2001*).

⁹ *Le Monde*, 29-30 mai 2005.

néanmoins le droit qui lui attribue un statut, qui dit quelles caractéristiques doit avoir ce couple pour être reconnu comme tel au regard de la loi avec les conséquences qui s'y attachent, qui décide, par exemple, que le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme.

C'est sans doute parce que cela allait sans dire que le législateur n'a pas éprouvé le besoin de préciser que le mariage ne peut être valablement contracté qu'entre deux personnes de sexe différent. Cette condition, en effet, n'est pas expressément formulée par le code civil, mais elle était pré-supposée par les autres articles de ce code qui fixaient les devoirs respectifs du « mari » et de la « femme ». Depuis que les réformes successives ont supprimé la dissymétrie des rapports au sein du couple, le code ne fait plus référence qu'aux « époux » et non plus, de façon sexuée, au mari et à la femme et on y cherche en vain une disposition s'opposant à ce qu'un mariage soit célébré entre deux personnes de même sexe. Pour autant, cette sorte d'évidence naturelle – la nature se modelant ici sur la norme hétérosexuelle dominante – selon laquelle le mariage ne peut unir qu'un homme et une femme n'a pas été remise en cause.

Cette évidence a également guidé l'interprétation jurisprudentielle de la notion de couple en dehors du mariage. La Cour de cassation a refusé de reconnaître que deux personnes de même sexe puissent mener une « vie maritale » ou vivre en union libre, et elle a donc jugé légitime le refus d'accorder au couple homosexuel les droits reconnus au couple hétérosexuel non marié. Elle a par exemple jugé que la compagne d'une assurée sociale, bien que vivant avec elle et se trouvant entièrement à sa charge, ne pouvait prétendre à la qualité d'ayant droit : la vie maritale, au sens de la législation, ne visait selon la Cour que « la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Et elle a admis pour les mêmes motifs qu'Air France avait pu refuser au compagnon d'un steward le bénéfice des tarifs de faveur accordés par la compagnie aux « conjoints en union libre » de ses agents (*Cass. soc. 11 juillet 1989*). En 1997 encore, elle a estimé – contre les conclusions de l'avocat général toutefois – que la disposition législative qui prévoit la poursuite du contrat de bail au profit du concubin notoire, en cas d'abandon de domicile ou de décès du locataire, ne protégeait pas les partenaires de même sexe, « le concubinage ne [pouvant] résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme » (*Cass. civ. 17 décembre 1997*).

C'est le législateur qui a remis en cause cette jurisprudence. Il l'a fait dans un premier temps, en 1993, de façon ponctuelle et indirecte, en élargissant la notion d'ayant droit pour y inclure toute personne qui « vit depuis douze mois consécutifs avec un assuré social et se trouve à sa charge effective, totale et permanente ». Dans un deuxième temps, la loi du 15 décembre 1999 a à la fois institué le pacte civil de solidarité (PACS) et reconnu la possibilité d'un concubinage entre personnes de même sexe. Aux termes de l'article 515-1 du code civil, « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Et l'article 515-8 définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». On peut donc dire que, désormais, la notion de couple, à condition qu'il soit constitué en dehors du mariage, est indifférente à la différence des sexes.

Mais cette évolution vers l'indifférenciation n'entame pas la détermination de ceux qui continuent à récuser l'idée que le mariage pourrait lui aussi unir deux personnes de même sexe.

Une affaire récente a donné l'occasion de porter la question du mariage entre personnes de même sexe à la fois sur la place publique – compte tenu de la médiatisation à laquelle elle a donné lieu – et devant les tribunaux. Il s'agit de l'affaire dite du mariage de Bègles. Le maire de cette petite ville, par ailleurs homme politique en vue du parti des Verts, Noël Mamère, avait accepté en juin 2004 de célébrer un mariage entre deux hommes, provoquant immédiatement de la part du ministère public la saisine du tribunal de grande instance, invité à prononcer la nullité du mariage. Les avocats du couple faisaient valoir qu'aucun article du code civil n'interdit le mariage de deux personnes du

même sexe, qu’aucun texte ne définit le mariage comme l’union d’un homme et d’une femme et que l’absence de cette condition ne figure pas parmi les causes de nullité prévues par la loi. À titre subsidiaire, ils ajoutaient que, à supposer que le code civil interdise le mariage de deux personnes de même sexe, alors il était contraire aux textes internationaux qui proscrivent la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle et devait céder devant ceux-ci. Le tribunal, comme il était prévisible, a prononcé l’annulation du mariage. Il a relevé que si, dès l’origine, le code civil n’avait pas énoncé expressément la différence de sexe comme condition du mariage, c’est que cette différence allait de soi pour les rédacteurs du code civil, comme cela ressort notamment du discours de Portalis définissant le mariage comme « la société de l’homme et de la femme qui s’unissent pour perpétuer leur espèce, pour s’aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Si les références à l’homme et à la femme unis par les liens du mariage ont peu à peu disparu, dans le cadre de l’égalité entre les époux, qui a conduit à remplacer les termes homme et femme par celui d’époux, poursuit le tribunal, le code prévoit toutefois encore que, lors de la célébration du mariage, le maire reçoit la déclaration des parties « qu’elles veulent se prendre pour mari et femme » (art. 75). Le tribunal récuse aussi l’argument tiré de l’arrêt Goodwin (voir plus haut), relevant – à juste titre – que la Cour européenne des droits de l’homme, en admettant le principe du droit au mariage pour une personne ayant subi une opération de conversion sexuelle, a réaffirmé implicitement le principe d’hétérosexualité du mariage. Enfin, pour rejeter l’argument tiré de la discrimination, le tribunal répond que la différence de traitement a ici une justification objective et raisonnable : la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d’une famille (*TGI Bordeaux, 27 juillet 2004*).

La cour d’appel de Bordeaux confirmera le jugement en invoquant les mêmes arguments et les mêmes textes pour arriver à la conclusion que « le mariage est une institution visant à l’union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime, la notion sexuée de mari et femme [étant] l’écho de la notion sexuée de père et mère ». On ne peut, ajoutera-t-elle, parler de discrimination puisque « la nature n’a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur a désiré prendre en compte cette réalité biologique » : il a donc englobé le couple et ses conséquences prévisibles, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage. Ce choix législatif s’est maintenu car il découle directement de l’histoire, des religions, des coutumes et est socialement très largement accepté (*CA Bordeaux, 19 avril 2005*).

On ne saurait mieux dire que le droit prend et doit prendre appui sur la nature, qu’il s’agisse de la nature biologique ou de la « nature des choses », qui est le nom qu’on donne à l’ordre social tel qu’il a été figé par la tradition. De fait, ce sont, de façon générale, des arguments d’inspiration ouvertement conservatrice, comme la tradition, la morale, voire le caractère contre-nature de la relation homosexuelle, et bien sûr la finalité procréatrice du mariage¹⁰, qu’on retrouve dans la plupart des discours qui expriment et cherchent à imposer la conviction que l’union entre deux personnes de même sexe est littéralement impensable, ou du moins – puisque le PACS s’est installé dans le paysage juridique et social français – que le mariage, lui, ne peut, *par nature*, être autre chose que l’alliance d’un homme et d’une femme.

Mais pour récuser, d’abord le PACS, puis le mariage entre personnes de même sexe, on a aussi invoqué le risque de remettre en cause « l’ordre symbolique » de la différence des sexes. Ce point de vue, auquel la sociologue Irène Théry a attaché son nom, empruntant ses concepts au juriste et psychanalyste Pierre Legendre, entendait se démarquer des arguments de nature idéologique pour faire prévaloir la position neutre – et savante – de l’expert¹¹. La thèse défendue, c’est que le droit faillirait à sa mission de garant de l’« ordre symbolique » s’il ouvrait la voie à une remise en cause

¹⁰ V. par exemple Daniel BORRILLO, « Fantômes des juristes vs Ratio juris : la doxa des privatistes sur l’union entre personnes de même sexe », in D. BORRILLO, E. FASSIN, M. IACUB, dir., *Au-delà du PaCS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, PUF, Politique d’aujourd’hui, 1999, p. 161.

¹¹ Voir notamment Irène THÉRY, « Le contrat d’union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, p. 159-211.

de la dualité institutionnalisée des sexes dans le couple et la filiation. Car si le droit divise les individus en « hommes » et « femmes, si la différence sexuelle est inscrite dans le droit, ce n'est pas seulement pour des raisons pragmatiques, lorsqu'il s'agit de leur conférer des droits et obligations distincts, mais en raison de « contraintes anthropologiques ». On ne peut donc manipuler impunément le droit, parce qu'il n'est pas un simple outil de gestion mais remplit une fonction instituante, « parce qu'il contribue à mettre en place, dans le langage de la loi commune, un certain nombre de distinctions anthropologiques majeures [qui] dessinent un ordre symbolique indispensable à la fois à l'être ensemble des sociétés humaines et aux individus dont la construction comme sujets dépend de leur inscription dans l'univers de l'institution ». Et, parmi les distinctions anthropologiques posées par le droit, il y a notamment le fait que l'on différencie les êtres humains en deux genres, que l'on différencie les liens entre deux personnes du même sexe et ceux entre personnes de sexe opposé¹².

Se référer à l'anthropologie est une façon d'indiquer qu'on entend se situer du côté de la culture et non de la nature. Et Irène Théry insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'en mettant en garde contre la disparition des genres masculin et féminin, elle vise une construction culturelle et non la différence biologique mâle/femelle. Mais rappeler que si on ne peut pas porter atteinte à la symbolique des genres, du masculin et du féminin, c'est parce qu'elle existe dans toutes les sociétés humaines, n'est-ce pas se référer, sinon à la nature biologique, du moins à une nature humaine intemporelle et immuable ? L'ordre symbolique n'est-il pas ici le nom qu'on donne à « la nature des choses » ?

Et cet ordre symbolique n'a-t-il pas finalement partie liée avec la nature biologique, lorsque, pour justifier l'institution juridique de la différence, Irène Théry énonce qu'il s'agit en somme de « reconnaître la finitude de chaque sexe qui a besoin de l'autre pour que l'humanité vive et se reproduise » ? Si le droit ne doit reconnaître comme couple que celui qui est formé d'un homme et d'une femme, c'est parce que, même si ce couple n'a pas de relations sexuelles, même s'il n'a pas d'enfants, « il n'en demeure pas moins qu'au plan symbolique la dimension de la filiation lui demeure ouverte ». Sous couvert de contraintes anthropologiques, ceci nous ramène bien près des contraintes biologiques, au point qu'on peut avoir le sentiment que, cette fois, c'est la culture qui devient l'alibi de la nature.

II. Les marqueurs du genre ou comment articuler (in)différence et égalité

Nous avons jusqu'ici envisagé des hypothèses où la distinction homme/femme, entérinée par le droit, est fondée sur le postulat de la dualité biologique des sexes et de leur inévitable complémentarité. Un second axe de réflexion nous amènera à mettre en relation la présence dans la norme juridique des marqueurs du « genre » et l'attribution de rôles sociaux différenciés aux hommes et aux femmes, avec pour toile de fond la problématique de l'égalité. On peut à cet égard dégager schématiquement trois temps :

– au départ, l'inscription de la différence hommes/femmes dans les normes juridiques correspond non seulement à l'assignation de rôles sociaux typés et dissymétriques, mais aussi – car les deux choses sont inséparables – au maintien des femmes dans une situation d'infériorité, que ce soit dans la sphère privée, où le code civil confère au mari et à la femme des pouvoirs très inégaux, ou dans la sphère publique où les femmes sont exclues des prérogatives attachées à la citoyenneté ;

¹² Pour une critique des thèses d'Irène Théry et notamment du postulat selon lequel le droit a pour fonction de créer des distinctions anthropologiques, v. notamment Marcella IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique (À propos de l'article "Le contrat d'union sociale en question" d'Irène Théry) », *Le Banquet*, n° 12-13, 1998. L'article a été reproduit dans *Le crime était presque sexuel*, Flammarion, Coll. Champs, Paris, 2002, p. 347.

– l’effacement ultérieur des marqueurs du genre et la formulation de plus en plus universaliste de la règle de droit, qui s’efforce d’être « *genderblind* », est directement liée aux progrès de l’égalité entre hommes et femmes ;

– dans un troisième temps, la dimension du genre réapparaît, avec cette fois pour visée la promotion de l’égalité des chances au profit des femmes ; mais la prise en compte de la différence homme/femme ne va pas sans ambiguïtés.

L’effacement des marques du genre : l’indifférence, gage d’égalité

La sexuation des normes a été pendant longtemps le reflet de l’assignation aux hommes et aux femmes de rôles sociaux distincts. Concrètement, la prise en compte du genre par le droit a servi pour l’essentiel à organiser l’infériorité juridique des femmes.

Le code civil de 1804, qui institutionnalise l’organisation patriarcale fondée sur la supériorité masculine, en fournit un exemple paradigmatique. Pour s’en tenir aux dispositions les plus connues et les plus significatives, « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari », le mari est le « chef de famille », il est seul titulaire de la « puissance paternelle »¹³.

La marche vers l’égalité des droits au sein du couple s’est donc traduite par une reformulation des normes en sens inverse. La suppression progressive des prérogatives et privilèges des hommes a été de pair avec l’effacement des références spécifiques au mari ou à la femme : suppression de l’incapacité juridique de la femme mariée (1938), substitution de l’autorité parentale à la puissance paternelle (1970), suppression du droit pour le mari de choisir le lieu de la résidence familiale (1975), disparition de la notion de chef de la communauté et égalité des époux dans l’administration des biens communs (1985)... À l’issue de cette longue et lente évolution, seule subsiste la mention des droits et obligations des « époux », sur une base symétrique et égalitaire : l’égalité des droits se reflète dans la formulation universaliste de la règle, désormais aveugle au genre¹⁴.

L’évolution dans le champ du droit public a revêtu des modalités un peu différentes et plus diversifiées. Car si, dans le code civil, les femmes étaient bel et bien nommées pour être enfermées dans leur condition d’infériorité, leur exclusion des droits civiques s’est opérée souvent de façon implicite, à l’abri d’une norme qui avait l’apparence de l’universalité. C’est en dépit de la Déclaration des droits de l’homme qui affirmait le droit de tous les citoyens de concourir à la formation de la loi et d’accéder à tous les emplois publics que, dès la Révolution, les femmes se sont vu refuser le droit de vote et ultérieurement l’égal accès à la fonction publique¹⁵. La Constitution de 1791 elle-même n’excluait pas explicitement les femmes du droit de vote. Certes, la Constitution de 1793, pour définir « l’état de citoyen », fait référence à « tout homme » né et domicilié en France, ou encore à « tout étranger [...] qui épouse une Française », et les constitutions suivantes – celle de l’an III comme celle de l’an VIII – sont rédigées selon le même modèle. Mais la Constitution de 1848 qui proclame que « la souveraineté réside dans l’universalité des citoyens français » et instaure ainsi

¹³ Voir notamment, sur le code civil et son évolution, Cyrille DUVERT, « L’homme et la femme dans le Code civil ou la dialectique du donné et du construit », in P. BLOCH, C. DUVERT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le code civil*, Paris, Economica, 2006

¹⁴ Les dernières dispositions dissymétriques qui subsistaient ont été effacées récemment : la loi du 4 mars 2002 a réformé les modalités de transmission du nom (dit désormais « nom de famille » et non plus « patronymique ») aux enfants nés dans le mariage (curieusement, cette règle, d’ailleurs, ne figurait pas expressément dans le code civil, qui ne s’intéressait qu’à la transmission du nom aux enfants naturels) ; le délai de viduité a été abrogé en 2004 ; la différence d’âge au mariage a été abrogée par la loi du 4 avril 2006.

¹⁵ La distinction opérée par la constitution de 1791 entre citoyens passifs et citoyens actifs (seuls pourvus du droit de vote) laisse entendre que tous les Français sont bien des citoyens, même si tous ne votent pas. Par la suite, les auteurs ont discuté du point de savoir si tous les nationaux devaient être reconnus comme citoyens, y compris ceux qui, comme les femmes, étaient privés du droit de vote ou si à l’inverse la qualité de citoyen était liée à la possibilité d’en exercer les prérogatives.

le suffrage universel [masculin], proclame que « sont électeurs, sans conditions de cens, tous les Français âgés de 21 ans jouissant de leurs droits civils et politiques », sans dire explicitement que ces « électeurs » ne peuvent pas être des électrices. De même, dans le champ de la fonction publique, en l'absence d'un statut général, le sort des femmes est resté longtemps dans le vague : rien n'interdisait de les recruter, rien n'y obligeait. En 1936, le Conseil d'État a reconnu officiellement « l'aptitude légale » des femmes à occuper des emplois dans l'administration, tout en laissant à l'exécutif la possibilité de les exclure pour des « raisons de service ».

La réintégration des femmes dans les droits civiques a donc supposé dans certains cas de les nommer. Soit directement : c'est le cas lorsque le Préambule de 1946 proclame que « les femmes ont, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ». Soit indirectement, comme le font la Constitution de 1946 puis celle de 1958 qui disposent, en des termes voisins, que « sont électeurs [...] tous les nationaux français majeurs, *des deux sexes* » : ce qui est une façon de rappeler que les femmes ne sont plus exclues, de proclamer le caractère universel des droits civiques, sans pour autant nommer séparément les hommes et les femmes et donc en préservant une formulation universaliste. Le même choix rédactionnel a prévalu pour l'accès à la fonction publique : le statut de 1946 énonçait que, pour son application, « aucune distinction [...] n'est faite entre les deux sexes »... sous réserve des dispositions spéciales qu'il prévoit. Treize ans plus tard, le statut de 1959 réitère dans les mêmes termes le principe d'égalité des sexes, en restreignant cependant le champ des dérogations possibles – qui doivent être « commandées par la nature des fonctions ou leurs conditions d'exercice ». Sous l'influence du droit communautaire, et après quelques condamnations de la France par la Cour de justice des communautés européennes, les exceptions seront interprétées de façon de plus en plus restrictive, notamment en ce qui concerne les corps réservés aux hommes et l'existence de concours distincts pour les femmes et les hommes¹⁶.

Le droit communautaire et la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) ont en effet joué un rôle déterminant pour faire évoluer la situation en matière professionnelle, aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public. Le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes posé par le Traité de Rome en 1957 a été complété par une directive de 1976 qui interdisait plus largement toute discrimination dans les conditions d'accès aux emplois, quel que soit le secteur ou la branche d'activité. La prise en compte du sexe n'est possible que lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est « une condition déterminante soit de la nature, soit des conditions d'exercice de ces emplois »¹⁷ – principe que la Cour a interprété strictement et qui a été transposé en droit français à la fois dans le statut de la fonction publique, comme on vient de le voir, et dans le code du travail.

Seule la protection des femmes, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, justifie – et le cas échéant oblige à prendre – des mesures spécifiques. Ainsi, lorsqu'un employeur, utilisant une clause contractuelle qui lui permet de licencier les travailleurs après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, licencie une travailleuse enceinte en raison d'absences dues à l'incapacité de travail découlant de son état de grossesse, il se rend coupable de discrimination alors même qu'il n'a fait qu'appliquer la règle générale.

Mais la notion de protection est interprétée étroitement, et les États doivent réviser les dispositions contraires au principe d'égalité lorsque le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé. Le problème s'est ainsi posé de la légitimité de l'interdiction du travail de nuit des

¹⁶ La loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, transposant sur ce point le droit communautaire, prévoit que « des recrutements distincts pour les femmes ou les hommes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe constitue une condition déterminante de l'exercice des fonctions ».

¹⁷ La directive 2002/73 du 23 septembre 2002, qui modifie celle de 1976, prévoit qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe est possible lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence essentielle véritable et déterminante ».

femmes. La CJCE a estimé que la disposition du code du travail français – pourtant conforme à la Convention n° 89 de l’OIT (1948) prohibant le travail de nuit des femmes –, n’était pas compatible avec la directive de 1976. Elle n’a pas admis l’argument selon lequel l’interdiction répondrait à des considérations particulières d’ordre social tenant, entre autres, aux risques d’agression et à la charge supérieure de travail familial pesant sur les femmes (*CJCE, 25 juillet 1991, Stoeckel*).

La détermination que met la CJCE à traquer toute atteinte à l’égalité de traitement – et donc tout accroc à l’universalité de la règle de droit en dehors des hypothèses où la différence se justifie par des facteurs directement liés à la maternité – a pour conséquence que ce sont les hommes, désormais, qui sont amenés à invoquer devant les tribunaux le principe de non discrimination pour contester des mesures bénéficiant aux femmes. Ainsi, la Cour a jugé discriminatoire la bonification accordée aux femmes pour le calcul d’une pension de retraite : présentée comme devant compenser les désavantages professionnels résultant pour elles du fait d’avoir élevé des enfants, elle excluait de son bénéfice les hommes qui pouvaient avoir eux aussi assumé l’éducation de leurs enfants (*CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar*)¹⁸. Le droit français se plie peu à peu à ces exigences et supprime les avantages accordés exclusivement aux femmes, dont le bénéfice est désormais étendu aux hommes : tel le droit à une pension de réversion pour la veuve d’un fonctionnaire, ou le recul des limites d’âge pour l’accès aux emplois publics, jusque là réservé aux mères d’au moins trois enfants.

Le droit communautaire a donc contribué à rendre le droit social « *genderblind* » ; mais dans un mouvement dialectique complexe, il a aussi contribué, à travers la promotion de l’égalité des chances, à la réintroduction du genre dans les normes juridiques.

La réintroduction du genre et le dilemme de la différence¹⁹

La désignation expresse du genre – en l’occurrence des femmes – est parfois nécessaire, on l’a vu en prenant l’exemple des droits civiques, pour mettre fin à une situation de discrimination caractérisée : ainsi les Constituants de 1946, parce qu’il fallait renverser une tradition bien enracinée d’inégalité, ont-ils jugé nécessaire de proclamer dans le Préambule, comme on l’a rappelé plus haut, que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes ». Cette préoccupation a été réactivée plus récemment, lorsqu’on s’est avisé que l’égalité juridique ne suffisait pas à assurer l’égalité réelle. Mais dès lors qu’on décide de prendre des mesures préférentielles en faveur des femmes, visant à réduire les inégalités de fait dont elles sont victimes, la loi ne peut plus être « aveugle au genre ». C’est pourquoi la Convention de 1979 sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes prend soin de rappeler que « l’adoption par les États parties de mesures 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 ». Mais ceci ne rend pas pour autant aisée l’articulation entre deux types de contraintes *a priori* contradictoires, comme le montrent les deux exemples que nous avons choisis en guise d’illustration : d’une part les mesures visant à promouvoir l’égalité des chances dans le domaine professionnel, d’autre part la revendication de la parité hommes-femmes dans le champ politique.

L’égalité des chances dans le champ professionnel

Le droit communautaire, ici encore, a eu un rôle d’entraînement déterminant en incitant les États membres à prendre « des mesures visant à promouvoir l’égalité des chances entre hommes et

¹⁸ Relevons que le droit communautaire traque aussi les discriminations indirectes, c’est-à-dire les mesures qui sont apparemment neutres, en ce sens qu’elles ne sont pas fondées sur un critère de sexe, mais qui en pratique défavorisent essentiellement les femmes. L’exemple type est celui des différences de traitement opérées au profit des salariés travaillant à temps plein par rapport à ceux qui travaillent à temps partiel, sachant que les femmes sont surreprésentées dans ce second groupe. Bien que situées hors du champ de notre problématique, il convient néanmoins de rappeler leur existence pour ne pas laisser entendre que la discrimination est toujours et nécessairement apparente.

¹⁹ Nous empruntons l’expression à Joan W. Scott qui l’utilise à propos de la revendication de la parité. V. Joan W. SCOTT, *Parité ! L’universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005.

femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »²⁰. Le code du travail français, transposant les textes européens, prévoit expressément que puissent intervenir, dans les domaines de l'embauche, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail, « des mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ».

Le Traité instituant la Communauté européenne contient lui aussi, depuis le Traité d'Amsterdam entré en vigueur en 1999, une référence aux actions positives. On relève toutefois que la formulation est ici parfaitement symétrique, laissant entendre que les hommes pourraient aussi, si les circonstances s'y prêtent, bénéficier de ces actions : « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par *le sexe* sous représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » (art. 141,4°).

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, amenée à préciser les rapports entre égalité des chances et égalité de traitement, atteste toutefois, par sa subtilité même, la difficulté d'articuler de façon satisfaisante deux principes potentiellement contradictoires : l'égalité de traitement, autrement dit l'égalité juridique qui suppose que la loi soit aveugle au genre, et l'égalité des chances, qui débouche inéluctablement à la fois sur la prise en compte du genre et la rupture avec l'égalité en droit. La CJCE a posé en principe que les dispositions autorisant des mesures préférentielles en faveur des femmes devaient être interprétées strictement, en tant que dérogations au principe de l'égalité de traitement. Pour être licites, les mesures positives ne doivent pas garantir une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion, et l'objectif d'égalité des chances ne doit pas se muer en un objectif d'égalité substantielle ou d'égalité de résultat – dont la fixation d'un quota serait la forme ultime. Elle a ainsi considéré qu'était contraire aux exigences du droit communautaire une disposition de la loi du Land de Brême qui accordait aux femmes, à qualification égale, une préférence automatique pour l'accès aux emplois dans les services publics où elles étaient sous-représentées, (*CJCE, 17 octobre 1995, Kalanke*). Elle a en revanche validé le statut des fonctionnaires du Land de Rhénanie parce que la priorité prévue en faveur des femmes à égalité de qualifications, d'aptitudes et de prestations professionnelles, là où elles étaient en nombre inférieur aux hommes, s'accompagnait d'une « clause de sauvegarde » permettant le cas échéant de faire pencher la balance en faveur d'un candidat masculin sur la base d'autres critères, par exemple dans l'hypothèse où serait lui-même handicapé ou ferait partie d'un groupe défavorisé (*CJCE, 1996, Marschall*). A été de même acceptée une loi du Land de Hesse qui, certes, fixait des objectifs contraignants en termes de pourcentage de femmes dans les postes ouverts au recrutement, mais laissait place à des dérogations en faveur d'autres groupes également dignes d'attention (anciens militaires, handicapés, chômeurs de longue durée) (*CJCE, 28 mars 2000, Badeck*). Autrement dit, la Cour n'accepte que la norme ne soit plus aveugle au genre que si, simultanément, elle n'est pas non plus aveugle à d'autres catégorisations.

La parité, stade suprême de l'universalité ou régression vers le différentialisme biologique ?

La conquête de l'égalité dans la sphère politique s'est réalisée, en France, par la promotion du citoyen abstrait, dépourvu de tout attribut particulier, notamment de genre. Et cet universalisme abstrait a été érigé en caractéristique fondamentale et inaltérable du modèle républicain.

²⁰ Directive 76/207/CE du 9 février 1976. Une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984 – qui, contrairement à la directive, n'a pas valeur contraignante – incite les États membres à « adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi... afin d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables [résultant] d'attitudes, de comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société ».

Le Conseil constitutionnel a poussé cette logique jusqu'au bout en invalidant, dans une décision du 18 novembre 1982, une disposition législative qui prévoyait l'obligation pour les listes de candidats aux élections municipales de ne pas comporter plus de 75 % de candidats d'un même sexe (concrètement, il s'agissait d'assurer aux femmes le quart au moins des sièges dans les conseils municipaux). Posant en principe que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité », le Conseil constitutionnel en a déduit que ce principe à valeur constitutionnelle s'opposait à toute division par catégories, notamment sur le fondement du sexe, des électeurs ou des éligibles.

Il est aisé de démontrer l'hypocrisie de cet universalisme abstrait qui, historiquement, a réservé les droits de vote et d'éligibilité aux hommes et qui, aujourd'hui, s'accommode de leur surreprésentation massive dans les instances politiques. C'est sur la base de ce double constat qu'est née la revendication de la parité, qui s'est donné pour objectif d'aboutir à une représentation égale des hommes et des femmes pour tous les mandats électifs²¹.

Faire aboutir cette revendication supposait, en raison de la position adoptée par le Conseil constitutionnel en 1982, une réforme constitutionnelle. Celle-ci a finalement eu lieu en 1999, aboutissant à faire inscrire dans la Constitution que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives ». On relève la timidité du mot « favorise », qui est bien loin de ce réclamaient les « paritaristes ». De fait, la réforme n'a pas abouti à rendre effective la parité, qui ne pouvait de toutes façons s'accommoder du scrutin uninominal majoritaire à deux tours en vigueur pour l'élection des députés. Aussi l'intérêt de la parité, dans la perspective qui nous occupe ici, réside-t-il moins dans l'analyse des (maigres) résultats obtenus que dans celle des débats et controverses suscités par la revendication elle-même.

Il est clair, en effet, que la parité suppose d'accepter de catégoriser les citoyens comme « hommes » ou comme « femmes », et donc de renoncer à la formulation universaliste de la règle de droit. Sur ces bases, on peut toutefois, pour justifier la parité, recourir à des arguments de type universaliste ou de type différentialiste.

Disons, pour simplifier, que dans une perspective universaliste la parité peut être vue simplement comme un moyen de rétablir l'égalité et non comme une fin en soi. La loi dit que tous les citoyens doivent être représentés indépendamment de leur sexe ; or ils ne sont représentés que par des hommes, il faut donc trouver les moyens de mettre fin à cette situation inacceptable. La parité est alors considérée comme une forme de discrimination positive, essentiellement temporaire, à laquelle on peut et même on doit renoncer une fois l'objectif atteint, c'est-à-dire le « rattrapage » effectué, sans s'attacher à ce que hommes et femmes soient en nombre strictement égal dans les assemblées.

Dans une perspective différentialiste, à l'inverse, la représentation égale des hommes et des femmes apparaît comme une nécessité en soi, précisément parce qu'ils sont différents et qu'il est juste et utile de tenir compte de cette différence. Un des arguments constamment mis en avant, sur ce terrain, a été que l'humanité est composée de deux moitiés, masculine et féminine, qu'elle s'incarne dans des hommes *et* des femmes, et que les deux sexes doivent pour cette raison être représentés au niveau politique.

Inéluctablement surgit alors la question : en quoi les hommes et les femmes sont-ils différents ? Première réponse, sur le terrain de la « culture » : s'il y a des « valeurs » spécifiquement féminines, c'est parce que les femmes ont une histoire spécifique et une expérience de la discrimination. Ceci peut les conduire à porter un regard différent sur la société, leur donner d'autres façons de penser et

²¹ Cette revendication a été conceptualisée et portée sur la place publique par l'ouvrage de Françoise GASPARD, Claude SERVAN-SCHREIBER et Anne LE GALL, *Au pouvoir citoyennes ! Liberté, égalité, parité*, Paris, Seuil, 1992. Pour une analyse de cette revendication et des controverses qu'elle a suscitées, v. notamment l'ouvrage de J.W. SCOTT, précité, note 19.

d'agir, donc de faire de la politique, et il est bon pour cette raison qu'elles soient représentées à égalité avec les hommes. Relevons que, dans ce cas, la différence est contingente, liée aux séquelles d'une société patriarcale : elle est donc vouée à disparaître lorsque les femmes auront acquis dans la société une place identique à celle des hommes, de sorte que la parité elle-même n'aura plus de raison d'être. Mais une autre réponse est possible, de type essentialiste, qui glisse vers le différentialisme biologique : les différences entre hommes et femmes sont irréductibles et transcendent l'évolution historique, parce qu'elles s'enracinent dans la nature.

Quelle que soit la justification qu'on lui donne, la parité rompt avec les fondements traditionnels du « modèle républicain » tel qu'il a prévalu en France et reposant, comme on l'a rappelé, sur un principe universel abstrait. Mais surtout, a-t-on fait valoir, inscrire dans la loi la différence des genres, c'est entériner l'idée que les hommes et les femmes sont différents et faire courir le risque de redonner fond sinon vie aux préjugés essentialistes et naturalistes qui ont contribué pendant des siècles à justifier l'infériorité des femmes.

Derrière la prise en compte de la différence hommes/femmes se profile toujours le risque d'une régression vers la nature et le biologique. C'est pourquoi la promotion de l'égalité réelle, qui suppose de rompre avec l'indifférenciation de la norme, fait inéluctablement surgir « le dilemme de la différence ».

Conclusion

À l'issue de ces développements, et à la lumière de l'expérience française, on comprend mieux les raisons pour lesquelles le droit continue à distinguer les sujets de droit en fonction du critère du sexe ou du genre et à les caractériser respectivement comme « hommes » ou « femmes ». Peut-on imaginer que les normes juridiques puissent devenir radicalement indifférentes au sexe et au genre ? Il faut ici distinguer les deux terrains sur lesquels nous nous sommes successivement placés. La mention du sexe à l'état civil pose problème aux individus qui, pour des raisons physiologiques ou psychologiques, ne trouvent pas facilement – on serait tenté de dire « naturellement » – leur place à l'intérieur du dualisme juridique masculin-féminin. La contrainte de mixité imposée en matière de mariage et de filiation restreint les droits des couples de même sexe qui – en France comme dans une majorité de pays – ne peuvent ni se marier, ni adopter ou recourir aux procréations médicalement assistées. Dans ce domaine, on peut pronostiquer une évolution assez rapide, au moins là où le droit a son mot à dire, si on se réfère aux audaces soudaines de la Cour européenne en matière de transsexualisme, au fait que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit de se marier et le droit de fonder une famille sans faire référence à l'homme et à la femme, et bien entendu au fait que des législations nationales de plus en plus nombreuses reconnaissent le droit au mariage et à la parenté à tous les couples, sur une base indifférenciée et égalitaire.

Concernant l'inscription du genre dans la loi liée cette fois aux mesures prises pour corriger les inégalités entre hommes et femmes, il faut ici souhaiter que l'évolution des mentalités et des pratiques s'accélère au point de rendre inutile, à court ou moyen terme, toute forme d'action ou de discrimination positive et par là même toute référence spécifiques aux hommes et aux femmes dans la législation.

Le genre ne serait plus une variable pertinente, en dehors des dispositions ayant trait à la gestation. À moins qu'un jour le recours à l'utérus artificiel ne marque la fin de l'asymétrie des deux sexes face à la fonction de procréation²².

²² On renvoie sur ce point aux réflexions de Henri ATLAN, *L'utérus artificiel*, Paris, Le Seuil, 2005.