



**HAL**  
open science

## **Propos introductifs - Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre**

Félicien Lemaire

### ► **To cite this version:**

Félicien Lemaire. Propos introductifs - Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Daniel Borrillo et Félicien Lemaire. Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Actes du colloque d'Angers, 10-12 mai 2017, L'Harmattan, pp.9-22, 2020, 978-2-343-19923-8. <hal-02552640>

**HAL Id: hal-02552640**

**<https://univ-angers.hal.science/hal-02552640v1>**

Submitted on 9 May 2023

**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.



HAL Authorization

## Propos introductifs

FÉLICIEN LEMAIRE

*Professeur de droit public Centre Jean Bodin (CJB),  
Université d'Angers*

Les actes rassemblés dans cet ouvrage sont issus du colloque *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre* qui s'est tenu à l'Université d'Angers du 10 au 12 mai 2017. Ces travaux se sont inscrits dans le cadre d'un programme de recherche ambitieux : le programme *Genre et discriminations sexistes et homophobes (GeDi)* dont l'originalité a été de réunir les études sur le genre, le sexisme et l'homophobie autour de la problématique transversale des discriminations, en montrant la persistance des inégalités de fait dans ces domaines et en apportant une expertise sur les modalités de changement juridique et sociétal, les forces motrices et les freins. Porté par la SFR Confluences de l'Université d'Angers, et dirigé par Christine Bard, professeure en Histoire contemporaine, le programme a associé, dans la dynamique d'une émergence collective régionale-ouverte, les trois universités ligériennes (Université d'Angers, Université de Nantes et Université du Mans) et des partenariats d'autres régions et d'autres pays sur une base interdisciplinaire. Financé par la région des Pays de la Loire, il a débuté en janvier 2014 et s'est achevé à la fin de l'année 2017.

Dès le début du programme, il a été posé le principe d'organiser en fin de cycle une manifestation juridique dans le cadre de l'axe 4 du projet intitulé « *Normes, droit et politiques publiques* ». L'objectif n'était au départ que d'envisager la relation entre sexisme et homophobie, puis il a semblé nécessaire d'intégrer la question de l'identité de genre pour traiter l'ensemble des thématiques de recherche : des revendications féministes et droits accordés aux femmes aux revendications et droits obtenus par les

personnes LGBT. De fait, l'objet du colloque est devenu un véritable pari scientifique. Certes les dispositifs normatifs et les politiques publiques associent maintenant régulièrement les termes de sexe, orientation sexuelle et identité de genre, à travers la lutte contre les discriminations et les violences qui leur sont liées. La loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE<sup>1</sup> et la mise en place en 2012, au sein du ministère des Droits des femmes, d'une « *Mission contre les discriminations et violences homophobes, lesbophobes et transphobes* » participent de cette logique. Cependant, force est de constater que la sollicitation de ces notions n'est pas en tous points marquée par la clarté. Elle se fait rarement dans le même mouvement réflexif, si ce n'est en mêlant les données dans une analyse d'ensemble qui ne vient que difficilement nourrir une prétention à la cohérence. À l'envers de cela, on observe une disparité des normes dans les États et aussi, de manière assez contre-intuitive, une disjonction des notions avec des différences qui paraissent même s'accroître au fur et à mesure du développement des législations. Toutes choses qui n'excluent pas néanmoins de voir s'il est possible de rapprocher les différents termes étudiés, non seulement à travers la lutte contre les discriminations, mais aussi à travers les principes d'égalité et de dignité humaine qui leur semblent communs dans l'approche juridique, pour essayer de dresser un panorama général.

À ce stade des évolutions juridiques, l'entreprise paraît nécessaire. Car nul ne niera que ce qui se joue dans la période actuelle a bel et bien quelque chose de spécifique et de commun à ces trois notions. Tout se passe comme si elles sortaient de la nuit du droit. Ce qui semblait, il n'y a pas si longtemps encore, ressortir uniquement de l'expérience privée – le sexisme, l'orientation sexuelle, le genre ressenti plutôt que le genre assigné – est maintenant saisi par le droit. Ce qui paraissait pour l'essentiel ne relever que de questions anthropologiques et d'ordre psychologique, sans véritablement imprimer l'ordre social et le droit, a maintenant des conséquences de plus en plus amples sur les ordres juridiques. Au-delà même de l'intérêt théorique que l'on peut avoir pour les transmutations des revendications en droits<sup>2</sup>, il y a là spécifiquement pour les juristes une

---

<sup>1</sup> De manière significative, le titre III de la loi est intitulé : « Renforcement de la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe » (articles 20 à 22 de la loi).

<sup>2</sup> V. utilement sur ce point le concept de *relevance juridique* forgé par S. Romano, in *L'ordre juridique*, réimpression de la 2<sup>e</sup> édition de 1975, présentée par P. Mayer, Dalloz, 2012

forme d'urgence dans l'analyse, qui justifie bien un état des lieux de ces trois notions.

## **Difficulté d'une approche holistique**

Le constat premier d'une difficulté d'approche globale n'en demeure pas moins. Comment pourrait-il en être autrement ? Ne serait-ce que sur le plan terminologique, il est facile d'observer que les notions de « sexe » et « sexualité », « sexe (biologique) » et « genre », « genre » et « sexualité » sont communément confondues<sup>3</sup>, en tenant aussi insuffisamment compte des différences de situations. Confusions qui sont la conséquence d'habitudes de pensées, de croyances sociales et culturelles qui parcourent la société et imprègnent jusqu'au législateur français dans ses atermoiements terminologiques. En ce sens son choix de recourir en 2012 à la notion d'« identité sexuelle » qui pouvait donner le sentiment d'entretenir une ambiguïté, alors que la notion d'« identité de genre » avait déjà droit de cité dans le cadre de l'Union européenne<sup>4</sup>. Dans l'utilisation faite : « l'identité sexuelle » devait-elle être conçue comme plus ou moins synonyme de sexe, visait-elle quelque chose d'autre ou de plus que la simple détermination des sexes masculin et féminin ? Ou était-il uniquement question de tenir compte de la situation faite aux personnes transsexuelles et transgenres pour permettre la protection de leurs droits<sup>5</sup> ? Mais si tel était le cas : la terminologie choisie n'établissait-elle pas une confusion dans la désignation des personnes transgenres ainsi visées, en ramenant la transidentité à des questions morphologiques ? Alors qu'il est essentiellement question de faire place au ressenti, à l'expérience intime de la personne avec son genre vécu et non le genre assigné à la naissance. Quoi qu'il en soit, on ne peut que saluer la clarification en définitive apportée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle qui ajoute aux côtés des différents critères de

---

<sup>3</sup> V. notamment I. Löwy et H. Rouch (Dir.), « La distinction entre sexe et genre. Une histoire entre biologie et culture », *Cahiers du genre*, n° 34, 2003, 258 p.

<sup>4</sup> Effet d'une contraction des termes ou choix délibéré (?), on n'oubliera pas aussi que la notion d'identité de genre était largement contestée et très mal perçue dans la société française et les milieux politiques, à travers les critiques liées à une « théorie du genre ».

<sup>5</sup> V. sur ce point de manière instructive le débat dans le cadre du projet de loi sur l'égalité entre femmes et hommes, les amendements proposés par Véronique Massonneau et les réponses du rapport Sébastien Dénaja et de Mme la ministre Najat Vallaud-Belkacem, *JO*, débats AN, 2<sup>e</sup> séance du 24 janvier 2014, p. 996-997 et 1002.

discriminations (cf. art. 225-1 CP), celui de l'identité de genre (renonçant par là même au terme d'identité sexuelle).

Il ne s'agit là toutefois que d'un symptôme de la difficulté qu'il y a à aborder de manière conjointe les trois notions. Leur appréhension globale paraît d'autant plus compliquée qu'elles ne ressortissent pas véritablement de la même logique. Les traitements discriminatoires liés à chacun des critères n'ont pas en effet les mêmes causes. Les victimes relevant de chacune des catégories ne sollicitent pas nécessairement les mêmes droits. Loin s'en faut, les représentations dont elles sont victimes ne sont pas identiques. Ainsi, le sentiment prégnant pour nombre de féministes que la question de la lutte contre le sexisme est minorée, dévalorisée par rapport à d'autres enjeux comme la lutte contre le racisme ou contre l'homophobie ; le sentiment même, malgré le rapprochement effectué, qu'elle est reléguée à l'arrière-plan de l'homophobie dans certaines lois, notamment avec la loi du 16 novembre 2001 et la loi du 30 décembre 2004<sup>6</sup>. Le sentiment également pour les victimes de la transphobie d'être totalement incomprises, d'une confusion entre leur genre intimement ressenti et leur orientation sexuelle, en déplaçant la spécificité de leurs problématiques.

À l'aune de la quotidienneté de leurs problèmes, la réalité est que les victimes de chacune des catégories de discriminations marquent leur sensibilité pour des revendications différentes, et ce de manière évolutive dans le temps : parité, égalité dans la vie professionnelle, lutte contre les violences de genre et stéréotypes sexistes dans l'hypothèse du critère discriminatoire du sexe<sup>7</sup> ; droit au mariage, changements dans les droits établis en matière de filiation, droit à la procréation et évolution des droits en matière de succession dans l'hypothèse du critère discriminatoire de l'orientation sexuelle ; amélioration des procédures de changement de sexe et droit réel à un changement d'état civil dans l'hypothèse de l'identité de genre. Là où les femmes et personnes homosexuelles ont, de manière graduée, franchi des étapes dans la reconnaissance ou

---

<sup>6</sup> V. notamment l'article « Requiem pour une loi » d'Anne Zelensky, présidente de la Ligue du droit des femmes ; le *Rapport d'activité de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes* de 2001, Rapport d'information n° 3663, Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/rap-info/i3663.asp> ; ainsi que le Compte rendu de la *Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes*, AN, séance du mardi 24 mars 2015, compte rendu n° 22, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-delf/14-15/c1415022.asp>

<sup>7</sup> Cf. F. Rochefort, *Histoire mondiale des féminismes*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2018.

formalisation de leurs revendications et sont dans l'attente d'autres tout aussi concrets ; les personnes intersexuées, transgenres ou transidentitaires n'en sont qu'à la genèse de leurs revendications et demandent à sortir de la clandestinité dans laquelle elles sont souvent versées dans les différents ordres juridiques.

On ne s'étonnera pas en conséquence que les stratégies revendicatives puissent être différentes. Et sans doute y a-t-il une facilité à lier dans une seule et même analyse les divers mouvements représentatifs : féministes, homosexuels et plus largement LGBT. La communauté d'action liée à la lutte contre les discriminations estompe de ce point de vue les différences. La solidarité dans les manifestations de rue ou la convergence des intérêts dans la revendication d'une formalisation des droits ne signifie pas, faut-il le répéter, une identité de problèmes et de recherche de leurs modalités de règlements. En dehors même des spécificités propres aux différentes associations dans chaque domaine<sup>8</sup>, les stratégies développées sont fonction des droits déjà obtenus dans les différents pays et des droits à obtenir. Elles peuvent aussi être fonction dans le temps de l'immédiateté des problèmes à résoudre, comme ce fut le cas avec l'épidémie du sida, en contraignant les associations LGBT à se détourner de certaines revendications d'ordre politique ou civilisationnel visant à remettre en cause certains piliers établis (comme la famille), pour obtenir des droits plus en rapport direct avec le quotidien<sup>9</sup>. Elles sont plus largement fonction de l'état global de l'opinion, de son niveau d'information, des tensions, oppositions politiques et mouvements à l'œuvre dans chaque société, en conséquence de la capacité ou pas à accepter des changements : en ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe, l'évolution des textes sur des questions aussi concrètes que celles du don du sang, de la PMA ou, de façon encore plus discutée, de la GPA, les implications du recours à la notion de genre et la reconnaissance ou pas des personnes transgenres et intersexes. Autant de sujets qui imposent le débat, de revendications qui, dans la demande de changements du droit, ne vont pas sans solliciter aussi des changements dans les représentations sociales, forcément différentes d'une société à une autre. Disons-le nettement : un

---

<sup>8</sup> On ne fera pas ici la liste des désaccords existant à l'intérieur de chaque catégorie de mouvements, plus ou moins différentielistes, plus ou moins orientés vers la recherche du compromis légal ou plus ou moins radicaux.

<sup>9</sup> V. en ce sens, dans cet ouvrage, la contribution de D. Borrillo, « Egalité des droits et critique de la norme familiale ».

même sujet n'introduit pas réellement un même débat. Les enjeux réels diffèrent au fond d'un État à l'autre<sup>10</sup>.

## **Disparité des droits étatiques et disjonction des notions**

Au-delà de la France, il faut par conséquent prendre conscience de la disparité des droits applicables aux trois discriminations, en fonction des contextes nationaux. À l'évidence, on est loin d'un développement standard des droits propres à ces trois critères. Ne serait-ce que dans le cadre européen, les désaccords sont nombreux entre les États membres de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe dans des domaines où ces organisations et les juges (CJUE et CourEDH) laissent aux États des marges de manœuvre. Que ce soit en matière de dispositions relatives à la sanction du sexisme et à la parité dans le domaine politique ; en matière d'accès au mariage pour les couples homosexuels ; ou pour ceux qui ne sont pas mariés, qu'il soit question d'accès à d'autres formes d'union et d'accès à l'adoption. Ce constat, démultiplié dans le cadre de la communauté internationale, interpelle nécessairement le juriste dans la ligne de conduite qu'il convient de tenir sur le plan épistémologique. Des lignes de force peuvent-elles être établies ? Des hiérarchies peuvent-elles être effectuées entre les États ou même entre les critères, en tenant compte de leurs effets dans les systèmes juridiques ? Des tentations surviennent avec ces questionnements. En premier lieu, même involontairement, celle de réduire le champ des contradictions entre les ordres juridiques, pour faciliter une synthèse, pourtant encore à construire. En second lieu, sans doute plus volontairement, celle d'établir une ligne de partage entre les États supposément « en avance » et les États « en retrait », en voyant du « progrès » dans les premiers, tandis qu'on serait enclin à ne voir que du conservatisme dans les seconds. La ligne de conduite choisie est celle de la plus grande réserve à l'égard de ces approches, plus d'ordre axiologique que juridique. On forcerait beaucoup les choses en pensant qu'une hiérarchie puisse être ainsi établie, aussi bien entre les États qu'entre les

---

<sup>10</sup> A propos de la question du mariage entre personnes de même sexe par exemple, on note que là où il n'a été question aux États-Unis que de l'institution même du mariage, en tant que telle sacralisée, en France la question a été plutôt traitée (dans le cadre du PACS d'abord puis effectivement du mariage) sous le biais des enjeux liés à la filiation. V. en ce sens E. Fassin, « L'inversion de la question homosexuelle », *Revue française de psychanalyse*, 2003/1, vol. 67, p. 263-284, sp. p. 284 ; C. Duvert et ali, « Les controverses du "mariage pour tous" », *Esprit*, 2012/12, p. 82-92.

critères et leurs effets juridiques qui ne peuvent être lus qu'à l'aune des contextes nationaux. Si ce n'est en tenant compte de la variation des opinions et de la prise de conscience des problèmes dans le temps, aucune impasse ne peut en tout cas être faite sur les données culturelles, politiques et sociales propres aux différents États ; avec néanmoins la conviction claire que la perspective comparatiste n'est jamais totalement neutre dans les constats opérés. Elle contribue toujours à mieux mettre en lumière les singularités étatiques.

Du fait de débords dans l'analyse et d'une généralisation excessive, les chausse-trappes dans lesquelles il est possible de tomber sont au vrai nombreuses et inclinent à se méfier des rapprochements hâtifs entre les notions. Ce que l'esprit de système et la précipitation portent à croire, les simples données de faits portent à le démentir. À titre d'exemple, la tentation récurrente de voir dans les États ayant accepté le mariage pour les couples de même sexe, un renoncement à la catégorisation sexuée, alors que les arguments qui poussent à la réserve en la matière sont nombreux. En toute rigueur, on peut être plus simplement enclin à voir dans les législations un renoncement au sexe comme critère juridique déterminant du mariage, en admettant consécutivement l'homoparentalité. Mais qu'on s'en réjouisse ou qu'on s'en plaigne, rien ne semble remettre en cause la bipolarité du féminin et du masculin. On peut s'en convaincre dans le maintien de droits liés à cette représentation, notamment en matière d'assistance médicale à la procréation et plus largement en matière de filiation, principalement conditionnés dans les États par le caractère double et sexué de l'humanité et la vision « hétéronormative » du droit<sup>11</sup>. Par quelque bout qu'on envisage la question, le constat est celui d'une stabilité des catégories « homme » et « femme » dans les ordres juridiques<sup>12</sup>. Ce faisant, s'éloigne cette idée souvent véhiculée que l'irruption de l'homosexualité dans le droit de la famille aurait, parmi nombre d'effets, un profond impact sur la différence des sexes, alors que cette distinction demeure l'axe principal autour

---

<sup>11</sup> Pour ce qui est de l'assistance médicale à la procréation, rappelons qu'elle est en France pour l'heure uniquement ouverte aux couples de sexes différents en application de la loi bioéthique du 7 juillet 2011 (cf. art. L2141-2 du code de la santé publique).

<sup>12</sup> A bien y penser, autrement que sous la forme d'une coquetterie intellectuelle, cette représentation fondamentalement binaire du genre se fait jour y compris dans les États qui ont choisi de renforcer les dispositions législatives relatives à l'égalité des droits entre les femmes et les hommes, ce qu'il est convenu d'appeler la parité. Les discriminations positives ainsi instituées ne sont en réalité – faute de mieux – qu'un avatar de cette bipolarité que les États n'entendent nullement remettre en cause.

duquel s'articulent débats et lois. Pour l'heure, tout en admettant que le droit est profondément mouvant et évolutif, le constat est en conséquence bien plutôt celui d'un maintien de la disjonction notionnelle entre sexe et orientation sexuelle<sup>13</sup>.

Plus loin dans l'analyse, il est même loisible de discuter le lien établi entre la reconnaissance d'un troisième genre ou la reconnaissance de personnes intersexuées et ce qui serait une remise en cause de la binarité des sexes. Certes la liste des reconnaissances étatiques en la matière ne cesse de s'allonger. L'Allemagne, l'Argentine<sup>14</sup>, l'Australie, l'Inde, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, le Népal, ou encore la Suisse ont initié le mouvement dans ce domaine ; même si les droits applicables ne sont pas en tous points identiques<sup>15</sup> et trouvent leur fondement dans des raisons diverses, parfois d'ordre culturel comme en Inde. Cependant, si rapides soient les évolutions des législations, si marquantes soient certaines jurisprudences<sup>16</sup>, ces reconnaissances ne font pas système dans la

---

<sup>13</sup> On ne songera pas en revanche à nier l'impact que cela a sur le système de filiation, et plus encore dans l'avenir. Aux lisières de notre sujet, on constatera, de ce point de vue, également une disjonction progressive entre sexualité et reproduction qui ne peut cependant être uniquement mise en lien avec l'homosexualité. Les évolutions scientifiques et les conséquences induites par ces évolutions y contribuent plus largement.

<sup>14</sup> Cf. la contribution dans cet ouvrage d'A. Kemelmajer de Carlucci, « Le droit au changement d'identité de genre en Argentine ».

<sup>15</sup> En Argentine, en Australie, en Inde, en Nouvelle-Zélande, et au Népal a été admise la création d'une troisième catégorie de l'état civil contenant sexe neutre ou autres cas. En Allemagne, la situation a évolué. La loi du 7 mai 2013 autorisait à ne pas renseigner dans l'acte de l'état civil le champ relatif au sexe, en le laissant vide. Le choix était ainsi laissé par la suite aux personnes intéressées de renseigner ou pas ce champ, mais cela ne revenait pas reconnaître un troisième sexe. Aujourd'hui, le droit applicable ouvre véritablement un droit à la mention d'un troisième sexe. Dans une décision du 10 octobre 2017, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a reconnu en ce sens la possibilité pour les personnes intersexuées de choisir un autre sexe que le sexe féminin ou masculin ; possibilité à strictement parler et non obligation. Cf. C. Jaegle, « La reconnaissance d'un "troisième sexe" par la Cour constitutionnelle allemande : une avancée considérable vers l'intégration des personnes intersexes dans l'ordre juridique », *La Revue des droits de l'homme*, 2018, <http://journals.openedition.org/revdh/3847>. Plus récemment, en octobre 2018, les Pays-Bas ont pour leur part admis pour une personne intersexuée (Leonne Zeegers) l'absence de mention de sexe sur son passeport à la suite d'une décision de justice. Enfin, la Suède admet la possibilité de recourir à un pronom neutre « hen » pour déterminer une personne.

<sup>16</sup> En ce sens les décisions remarquées de la Cour suprême de l'Inde du 15 avril 2014 et de de la Haute Cour d'Australie du 2 avril 2014 qui consacrent un troisième genre neutre. V. en ce sens M. Peron, « Intersexualisme, l'admission d'un troisième genre au regard des exemples étrangers », *La Revue des droits de l'homme*, 2015, <http://journals.openedition.org/revdh/1652>

communauté internationale. Elles ne ruinent pas la bipolarité établie dans l'ensemble des États ni même ne semblent constituer un préalable à l'élimination du sexe comme critère. La jurisprudence française illustre cet état de fait dans une affaire relative à une personne intersexuée. Alors que le jugement du TGI de Tours, 2<sup>e</sup> chambre civile, du 20 août 2015 visait à « *prendre simplement acte de l'impossibilité de rattacher en l'espèce l'intéressé à tel ou tel sexe [...]* » et d'ordonner en conséquence la rectification de l'acte de l'état civil en substituant la mention « *sexe neutre* » ; la CA d'Orléans (chambres réunies, 22 mars 2016) et la Cour de Cassation (1<sup>re</sup> chambre civile, 4 mai 2017, n° 16-17. 189) infirment la décision de première instance en excluant toute possibilité de sortir du binarisme sans que la loi le permette<sup>17</sup>. Il n'est que de lire en ce sens l'attendu principal de la Cour de cassation : « [...] *la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ; que la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination* ». À l'évidence, on peut regretter le déni ainsi fait à l'identité spécifique d'un individu<sup>18</sup>, d'autant que la décision ne s'accompagne d'aucun fondement juridique réellement solide, notamment d'ordre constitutionnel<sup>19</sup>. Mais à bien lire les décisions en la matière, il n'est pas certain – du point de vue sociétal – que même les juridictions des États qui reconnaissent un troisième genre soient si éloignées que cela de l'approche du juge français, en ne souhaitant pas que ces reconnaissances, vues comme des exceptions, puissent avoir un impact sur le statut des sexes féminin et masculin, posé comme principe<sup>20</sup>. Rien donc qui ne soit de nature à

---

<sup>17</sup> Précisons que l'article 57 du code civil prévoit que l'acte de naissance doit énoncer le sexe de l'enfant, sans toutefois définir la notion de « sexe » qui se retrouve cependant dans de nombreuses dispositions législatives sous la forme d'une dualité de sexes. La circulaire du 10 janvier 2000 précise néanmoins que la lettre M pour masculin ou F pour féminin doit indiquer le sexe dans l'acte de naissance.

<sup>18</sup> V. sur ce point les remarques B. Moron-Puech sur l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2017, « Rejet du sexe neutre : une "mutilation juridique" », *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1404.

<sup>19</sup> On cherchera en vain un principe constitutionnel de binarité des sexes susceptible de fonder l'arrêt de la Cour de cassation.

<sup>20</sup> Cf. C. Jaegle, « La reconnaissance d'un "troisième sexe" par la Cour constitutionnelle allemande : une avancée considérable vers l'intégration des personnes intersexes dans l'ordre juridique », article précité.

révolutionner l'approche essentiellement binaire. Rien qui ne bouleverse les paradigmes sociaux établis.

Cette mise en relation entre le droit et les structures sociales conduit naturellement à interroger l'impact réel des changements dans le droit. On peut certes être tenté d'y voir plus une affaire de sociologie que de droit strict. Mais la question ne peut manquer d'être posée, du point de vue de l'effectivité des normes et leur sanction. La norme suffit-elle réellement à modifier la situation concrète faite aux femmes, aux homosexuels et personnes transgenres ou transsexuelles ? Le constat est connu. On n'y insistera guère, même s'il mérite d'être rappelé, en renvoyant à l'écart entre le réel et le droit. Il ne suffit pas de donner des droits pour qu'ils soient réellement appliqués. Il y a toujours un décalage entre les changements de législations, aussi forts soient-ils, et l'opérationnalité des droits institués, assez largement subsumés à l'effectivité du changement des mentalités et des représentations traditionnelles sur la structuration de la société. Malgré la formalisation juridique de nombre de revendications, la réalité brute a encore souvent un goût amer.

Pour les femmes : le droit de vote, l'égal accès à l'éducation et aux savoirs, la parité imposée par les textes ne suffisent pas à garantir l'égalité professionnelle ou l'égalité de représentation politique dans la plupart des pays, sauf dans les États qui ont entrepris de manière radicale, comme les États scandinaves, d'imposer la parité à tous les niveaux. Sans poser une fatalité en la matière, tout se passe comme si ce qu'une partie de la doctrine caractérise comme une « idéologie sexiste », légitimatrice d'une hiérarchie entre les sexes et en conséquence d'inégalités, perdurait au-delà même des changements de droit voire des sanctions pécuniaires, comme c'est le cas en matière de parité en France.

Pour les personnes homosexuelles, la reconnaissance de couples de même sexe, de manière assez contradictoire, n'implique pas nécessairement que tous les droits reconnus aux couples de sexes différents leur soient applicables. Malgré une jurisprudence de la CourEDH très préoccupée par la lutte contre les discriminations en ce domaine<sup>21</sup>, cela se vérifie en particulier en matière de procréation médicalement assistée, même si certains États ont pris le parti de réviser

---

<sup>21</sup> Pour les couples de même sexe non mariés, une logique de symétrie des droits applicables aux couples de sexes différents est néanmoins induite de la jurisprudence de la CourEDH. V. en ce sens CourEDH, 24 juillet 2013, requête n° 40016/98, *Karner c./ Autriche* et plus largement la contribution de Robert Wintemute, « Sexisme et LGBT-phobie dans la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE » dans cet ouvrage.

leur position sur ce point<sup>22</sup>. Se fait jour ici la crainte d'une remise en cause totale de la « famille traditionnelle ».

Pour les transsexuels, le droit reconnu de changement de l'état civil, comme c'est le cas en Europe à travers les jurisprudences conjuguées de la CourEDH et la CJUE<sup>23</sup>, n'a pas immédiatement suffi à assurer la garantie de ce droit. Certes la condamnation de la France est à cet égard exemplaire, dans le rejet fait par la CourEDH des procédures discriminantes et de la stérilisation comme condition préalable au changement d'identité<sup>24</sup>. Cependant, la marge d'appréciation laissée aux États dans les examens médicaux reste source de difficultés et de discriminations potentielles<sup>25</sup>.

On aurait beau jeu d'imputer les carences en la matière spécifiquement à tel ou tel acteur dans les différents domaines (législateurs, juges), alors qu'elles sont pour l'essentiel la conséquence d'un effet de système. Dans de nombreux États, les législations ont évolué, même si ces évolutions en commandent inmanquablement d'autres. Les organisations internationales s'évertuent à créer des synergies entre les États. L'évolution des jurisprudences dans les différents systèmes juridiques est significative de la volonté des juges de rendre opérationnels les droits

---

<sup>22</sup> C'est le cas de l'Autriche en 2013 à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle autrichienne et du Portugal en 2016 par l'effet d'une modification législative. En France, une requête a été introduite devant la CourEDH dans l'affaire *Charron et Merle-Montet c./ France*, déclarée irrecevable le 8 février 2018. Mais il n'est pas douteux que cela reviendra devant la CourEDH. Cf. Robert Wintemute, *ibid.* V. également la contribution de C. Mecary, « Homoparentalité et égalité de traitement en France ».

<sup>23</sup> V. en ce sens les arrêts CourEDH, 11 juillet 2002, Requête 28957/95, *Goodwin c/ R-U* et CJCE, 7 janvier 2004, affaire C-117/01, *K.B c/ R.U.*

<sup>24</sup> Conformément à la jurisprudence de la CourEDH du 10 mars 2015, Requête 14793/08, *Y.Y c./ Turquie*, la France a en effet été condamnée pour violation de la vie privée dans l'arrêt CourEDH, 6 avril 2017, Requêtes n° 79885/12, 52471/13, et 52596/13, *A.P, Garçon, et Nicot c./ France*. Cf. Note J.-P. Vauthier et F. Violla, *Rec. Dalloz*, 2017, p. 1027.

<sup>25</sup> Anticipant sur cette jurisprudence, il est notable qu'en France la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI<sup>e</sup> siècle prévoit que les expertises médicales ne sont plus requises pour une modification de la mention du sexe à l'état civil en précisant dans l'article 61-5 du code civil que « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante des faits que la mention relative à son sexe dans l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification ». La France rejoint ainsi les règles déjà posées dans le droit argentin.

formulés en sanctionnant davantage les différentes atteintes<sup>26</sup>. Les distinctions établies par les différentes instances, notamment dans le cadre européen, entre « discrimination directe » et « discrimination indirecte » contribuent à cet égard à faciliter le travail des juges. Mais elles ne permettent pas néanmoins de régler tous les problèmes. Les notions et techniques jurisprudentielles d'interprétation proposées ne s'offrent pas, loin s'en faut, malgré les différents efforts, en antidotes et panacées universels contre les discriminations liées au sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre<sup>27</sup>. Ces différentes impulsions, quoiqu'encore à renforcer, sont à n'en pas douter aussi nécessaires qu'utiles ; mais elles ne suffisent pas à elles seules. Le constat est partagé : l'éducation et l'évolution des mentalités doivent jouer leur rôle à tous les niveaux – auprès des individus certes, mais aussi des autorités étatiques, de leurs agents, et des juges eux-mêmes<sup>28</sup> – pour donner une effectivité aux différents droits reconnus.

### **Débat et incertitudes sur la possibilité de rapprochement des critères**

On l'a compris : on trouvera difficilement une cohérence globale dans les droits applicables ; et lorsqu'elle existe, comme c'est le cas pour la bipolarité des sexes, elle est au fond plus de nature à ruiner l'unité d'approche des trois notions qu'à la sceller. Pour le moins, ne serait-il pas possible de chercher des cohérences ? Le lien établi autour des notions de discrimination et d'égalité en constitue assurément une, dans la mesure où les catégories de sexe, orientation sexuelle et identité de genre se lisent pour l'essentiel à travers la lutte contre les discriminations et la recherche d'égalité. La notion de discrimination, plus spécialement, phagocyte même l'analyse, tant on semble aujourd'hui s'intéresser plus aux discriminations et violences qui sont faites aux femmes, aux homosexuels et aux transgenres qu'on ne s'intéresse à proprement parler aux catégories

---

<sup>26</sup> V. en ce sens les contributions de R. Raupp Rios, « Droit des personnes LGBTI dans le cadre du Système interaméricain des droits de l'homme » et Y. Lécuyer, « Les stéréotypes et les préjugés sexistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

<sup>27</sup> V. en ce sens la contribution de G. Calvès, « L'introuvable définition européenne de la discrimination indirecte. L'exemple du sexe et de l'orientation sexuelle ».

<sup>28</sup> V. notamment la contribution précitée d'A. Kemelmajer de Carlucci, « Le droit de changement d'identité de genre en Argentine ».

de personnes. Par un jeu de miroirs, on s'intéresse moins à la question du sexe qu'à celle du sexisme, moins à l'homosexualité qu'à l'homophobie<sup>29</sup>, moins aux transgenres qu'à la transphobie, comme on s'intéresserait moins à la question de la race – au fond délaissée – qu'au racisme ; les termes étant davantage définis par leurs connotations négatives que par leurs qualités intrinsèques.

Formulées sur le terrain lexical, ces remarques s'entendent-elles également sur le terrain juridique ? À considérer les choses rapidement, on peut, sans le désapprouver, n'y voir qu'une facilité : un besoin de fédérer presque immédiatement autour de l'inacceptable ou de l'intolérable. Mais à regarder de plus près, il est peut-être plus gênant de constater ce que ce biais peut avoir d'insuffisant, en ne discutant pas nécessairement du fond des données, à savoir du statut juridique et de la place réellement faite à chacune des catégories sollicitées dans la/les société(s). On ne peut certes pas occulter la dimension stratégique et les calculs politiques liés au choix des termes. Toutefois, en considérant les différences de logiques qui peuvent être déployées dans les politiques publiques et les dispositifs normatifs, il n'est pas certain qu'il faille véritablement fonder « lutte contre les discriminations » d'un côté et « affirmation de l'égalité » de l'autre dans une même analyse. Pour ne prendre que cet exemple : les notions de sexe et sexisme n'ont pas la même histoire, n'investissent pas le même rapport au droit. Là où la notion de sexe sollicite presque immédiatement le principe d'égalité de droits entre les sexes (en raison de la neutralité du terme qui ne tranche pas par lui-même entre le féminin et le masculin), le sexisme met la focale sur l'inégalité inhérente à la hiérarchie sociale et culturelle établie entre les sexes. Sans doute, ces deux analyses constituent-elles les deux faces d'une même médaille. Lutter contre le sexisme, c'est lutter contre les inégalités de fait entre les sexes ; ce faisant, c'est insister sur la nécessité qu'il y a de passer de l'égalité formelle à l'égalité réelle. Mais le droit s'agence-t-il véritablement ainsi, reprend-il ces formulations ? Dans une démarche essentiellement universaliste, les législations ne s'attachent-elles pas davantage à mettre en lumière l'égalité entre les sexes qu'à sanctionner le sexisme<sup>30</sup> ? Entre démarche égalitaire ou universaliste et

---

<sup>29</sup> V. en ce sens D. Borrillo, *L'homophobie*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001 ; E. Fassin, « L'inversion de la question homosexuelle », *Revue française de psychanalyse*, 2003/1, vol. 67, p. 263-284.

<sup>30</sup> Cela reste vrai, nonobstant l'intégration en France de l'outrage sexiste dans la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

démarche différentialiste, la manière dont s'écrit ici le droit n'est pas sans conséquence dans la portée des législations, dans les choix considérés les plus opérationnels pour faciliter les évolutions. Pour les deux autres catégories, on ne peut manquer, pareillement, de s'interroger sur l'identité ou pas de logique, sur leur inversion ou pas.

À l'évidence, ceci invite à une mise perspective des notions : sur le champ lexical, mais aussi sur le plan historique et du point de vue de la doctrine juridique pour en saisir les différents enjeux<sup>31</sup>. Mise en perspective d'autant plus nécessaire que l'intuition de solidarité des liens établis entre les notions à l'étude et le droit applicable en matière de discriminations aussi bien que leurs liens avec le principe d'égalité et de dignité humaine demande à être vérifiée ; du point de vue générique comme du point de vue plus spécifique de la sanction pénale<sup>32</sup>. À l'abord de ce colloque, comme pour toute manifestation scientifique, c'est donc bien plutôt l'incertitude qui prévaut que les certitudes. À défaut de déterminer une cohérence d'ensemble, son objet est pour le moins – dans un état des lieux du sujet – de tenter d'apporter un peu de clarté dans le débat, en s'appuyant sur le droit international et européen, sur le droit comparé, et bien évidemment plus spécifiquement sur le droit français, dans l'illustration qui est faite de l'évolution des normes et de leur sanction<sup>33</sup>.

L'organisation de l'ouvrage rend compte de cette démarche suivie lors des travaux. Après une mise en perspective des notions et de leurs enjeux, celles-ci seront examinées d'un point de vue comparatiste, aussi bien à la lumière du droit européen que du système interaméricain des droits de l'Homme, avant d'envisager la spécificité française.

---

<sup>31</sup> On renvoie ici aux contributions d'O. Bui-Xuan et D. Borrillo.

<sup>32</sup> V. sur ce point les communications de D. Lochak, « Combattre pour l'égalité ou lutter contre les discriminations : comment s'écrit le droit » et d'E. Dreyer, « Les discriminations à raison du sexe, de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans le droit pénal ».

<sup>33</sup> V. Les contributions de V. Champeil-Desplats, « Les usages ambivalents de l'article 6 DDHC : le cas du genre », C. Mecary, « Homoparentalité et égalité de traitement en France » et M. Mercat-Bruns, « Sur l'efficacité de la sanction : contentieux dans l'entreprise sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et positionnement des juges ».