Le sexe et le droit

Daniel Borrillo

▶ **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi. Jurisprudence. revue critique, 2011, Le genre une question de droit, 1. hal-01236493

HAL Id: hal-01236493
https://hal.science/hal-01236493

Submitted on 1 Dec 2015

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

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

Jurisprudence
Revue critique

2011

Bruno AMBROISE Daniel BORRILLO Philippe BRUN Jean-Gabriel CONTAMIN
Vincent FORRAY Francesco GAMBINO Alexandre GUIGUE Janet HALLEY
Liora ISRAËL Dominique LAGORGETTE Nathalie LE BOUTEILLEC
Catherine LE MAGUERESSE Karine LEMPEN Danièle LOCHAK
Julie MAZALEIGUE-LABASTE Marie MERCAT-BRUNS Éric MILLARD Malha NAAB
Gilda NICOLAU Marc PICHARD Geneviève PIGNARRE Sébastien PIMONT
Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ Sacha RAOULT Anne REVILLARD
Frédéric ROUVIÈRE Guillaume ROYER Nathalie RUBEL Mahendra P. SINGH
Jeannie SUK Pierre-Yves VERKINDT Philippe WAQUET Mikhaïl XIFARAS

LE SEXE ET LE DROIT : DE LA LOGIQUE BINAIRE DES GENRES ET LA MATRICE HÉTÉROSEXUELLE DE LA LOI

DANIEL BORRILLO*

« L'ingéniosité déployée pour uniformiser les aptitudes d'individus possédant des dons différents permet d'accroître considérablement le nombre des individus extérieurement comparables dans leur fonctionnement social, mais tend à proscrire les différences subjectives qui pourraient, elles aussi, contribuer à enrichir la civilisation »
Margaret Mead

Introduction

Dans *L'arrangement des sexes* (1977), Goffman, décrit le genre comme le code fondamental autour duquel s'articulent les interactions humaines et s'agencent les structures culturelles[1]. La donnée biologique de la différence de sexes (les femmes mettent au monde, elles allaitent et sont généralement plus petites...) déterminerait une assignation spécifique. Bien qu'il s'agisse d'une différence peu significative comparée à d'autres telles l'âge, la fortune, l'origine ethnique..., elle apparaît comme fondamentale lorsqu'il s'agit de définir les rôles sociaux. Pour Goffman, ce qui est relevant c'est moins les différences objectives que le dispositif culturel qui a fait de ces différences un système si intelligible de nos conventions sociales qu'il finit par apparaître comme naturel et allant de soi.

Judith Butler a raison d'affirmer qu'il n'existe pas une différence objective antérieure au genre (tel le sexe) mais c'est le genre lui-même qui produit la différence et

* Juriste, enseignant à l'Université de Paris Ouest/Nanterre-La Défense où il anime le premier séminaire doctoral consacré aux implications juridiques du genre et des sexualités. Il est également chercheur associé au CNRS (CERSA/Université de Paris II).

1 E. GOFFMAN, "The arrangement between the Sexes" in *Theory and Society*, vol. 4, n° 3, 1977, p. 301-331, traduit en 2002 et publié par La Dispute, coll. "Le genre du monde".

la perpétue[2]. Thomas Laqueur, dans le sillage de Michel Foucault, montre comment à partir du XVIII[e] siècle s'est effectuée, avec l'essor de la biologie et de la médecine, une "sexualisation" du genre qui était jusque-là pensé en termes d'identité ontologique et culturelle beaucoup plus que physique. Le genre définit désormais qualités, vertus et rôles selon des racines biologiques[3]. Le genre devient ainsi une épistémologie permettant de donner sens à la différence de sexes. L'humain est dorénavant constitué de deux corps stables définis biologiquement par deux grammaires distinctes, XY et XX, permettant l'écriture cohérente du destin individuel et social. Hommes et femmes établissent un négoce sexuel organisé autour d'un ordre hiérarchique et à finalité reproductive: l'hétérosexualité. La psychanalyse fournira la théorie permettant d'expliquer, à partir du genre, l'orientation sexuelle des individus: «Trop de mère et pas assez de père maintient le petit garçon dans une symbiose trop profonde et surtout trop prolongée, et imprègne son vécu d'une identité féminine. Pour se sentir masculin, un garçon doit s'arracher à cette symbiose, aidé en cela par son père qui se posera en rival et en modèle identificatoire. En cas d'échec, son genre aura toutes les chances de pencher vers le féminin. Cela serait vrai également pour la fille: trop de père et trop peu de symbiose maternelle entraîneraient la fille vers le pôle masculin»[4].

La grammaire des sexes

Dès leur naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des classes sexuelles. Cette assignation universelle, en principe irréversible, déterminera, au travers d'un triage durable, une socialisation différenciée. Prétendument fondée sur une réalité biologique, la *summa divisio* sexuelle apparaît de surcroît comme naturelle et inéluctable. La littérature d'aéroport mais aussi la vulgate psychanalytique[5] confortent l'idée selon laquelle les différences entre les sexes constituent non seulement un fait, mais véhiculent des valeurs telles la diversité et la complémentarité réservant aux uns la reproduction et aux autres la production et ce dans un ordre conjugal.

Malgré des nombreuses études et essais – à commencer par ceux de Margaret Mead[6] et de Simone de Beauvoir[7] – démontrant dès l'après-guerre que le tempérament est déterminé culturellement, l'argument de la «différence des sexes» continue de nos jours à être mis en avant, notamment pour prescrire le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation[8].

Dans l'ordre binaire des sexes, les individus sont nécessairement distribués en deux groupes: mâles ou femelles. Les comportements attendus pour chaque «nomenclature sexuelle» déterminent les rapports sociaux de sexe, c'est-à-dire la référence, le prototype de la masculinité et de la féminité, construit par chaque société et à partir duquel se mesure l'ensemble des comportements humains. Pour illustrer cette idée, Jessie Bernard, dans son ouvrage *Women and the Public Interest*[9], rattache certaines caractéristiques aux femmes: affectivité, passivité en amour, obéissance, modestie, pudeur, amour du foyer, tendance monogamique, goût de la mode, soins du bébé... Cette situation se retrouve dans l'univers professionnel au sein duquel les femmes occupent majoritairement les postes de secrétaires, réceptionnistes, *baby sitters*, infirmières ou

2 Judith Butler, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*. Préface d'Éric Fassin, traduction de Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 2005.

3 Thomas LAQUEUR, *La fabrique du sexe: Essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard 1992.

4 Jacques DELAUNOY, «Plaidoyer pour une certaine ignorance», *Topique*, 2002/1 (n°78).

5 Pour une analyse critique du discours et de la pratique psychanalytique voir: D. ERIBON, *Échapper à la psychanalyse. Notes sur l'amour et l'amitié*, Paris, Ed. Léo Scheer, 2005.

6 M. MEAD, *L'un et l'autre sexe. Le rôle de l'homme et de la femme dans la société* (1948) Denoël-Gonthier, 1966.

7 S. de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1949.

8 Le mariage, ce n'est pas seulement un couple, mais, selon Irène THÉRY, «l'institution qui lie la différence des sexes à la différence des générations»: *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui – Le Droit Face aux Mutations De La Famille et De La Vie Privée*, Rapport officiel publié par Odile Jacob, Paris 1998.

9 Chicago 1971, p. 26.

domestiques. Les analyses de Sylvie Schweitzer démontrent que ce n'est pas le travail en tant que tel qui a été longtemps refusé aux femmes, mais certaines professions, celles qui permettaient la prise de décision et donc l'organisation des mutations sociales[10]. La même conception essentialiste guide la jurisprudence qui, en matière de divorce, donne presque systématiquement à la mère le droit de garde des enfants en bas âge ou encore la loi civile qui considère le sexe (féminin) comme élément permettant de qualifier la violence en tant que vice du consentement[11].

La famille comme premier lieu de socialisation oriente la fille vers un rôle plutôt de nature domestique et le garçon vers les activités plus fortement fondées sur la compétition. Plusieurs recherches ont démontré que la littérature enfantine dépeint rarement un monde paritaire au sein duquel garçons et filles échangent de manière égalitaire. La fonction maternelle est omniprésente et apparaît comme le modèle de l'adulte féminin alors que le travail valorisé apparaît comme une activité principalement masculine. Lorsqu'une femme travaille, elle le fait dans les métiers de l'enseignement ou du soin des enfants[12]. Comme le soulignent Blandine Destremeau et Bruno Lautier, «le travail fait par les employées domestiques est une des principales formes d'emploi féminin dans la plus grande partie du monde»[13]. Et l'accès des femmes aux professions nobles est accompagné souvent d'une dévalorisation de ces dernières[14].

L'apprentissage du genre permet ainsi (et encore) de construire l'idéologie de la complémentarité. Chacun apprend quelle est sa place, laquelle détermine non seulement une fonction sociale spécifique mais aussi une identité psychologique, à tel point que Goffman considère le genre, et non pas la religion, comme l'opium des peuples. En effet, l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales[15]. Les idéaux sexuels fonctionnent de telle sorte qu'ils permettent la recherche de l'identification subjective et de la complémentarité «objective» : la fragilité féminine s'accorde avec la solidité masculine et la propension domestique de la femme avec la capacité à réaliser des projets, propre aux hommes. Le mariage apparaît ainsi plus comme le théâtre dans lequel se jouent les rôles de genre que comme le lieu de la solidarité du couple ou de l'accueil des enfants. Cela explique la résistance à élargir cette institution aux couples de même sexe, revendication perçue comme une entreprise d'indifférenciation des sexes dévastatrice pour la civilisation : *« Instituer l'homosexualité avec un statut familial, c'est mettre le principe démocratique au service du fantasme. C'est fatal, dans la mesure où le droit, fondé sur le principe généalogique, laisse la place à une logique hédoniste, héritière du nazisme »*[16]

La logique binaire du genre prend dans ce contexte homophobe une nouvelle signification. Elle renvoie non pas tant au statut de l'un et l'autre sexe mais plutôt à leur

10 Sylvie SCHWEITZER, *Les femmes ont toujours travaillé. Une histoire du travail des femmes aux XIX^e et XX^e siècles*, Paris, Odile Jacob, 2002, 329 p.

11 Art. 1112 du Code civ. «Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes».

12 C. BRUGEILLES, I. CROMER, S. CROMER, «Les représentations du masculin et du féminin dans les albums illustrés ou Comment la littérature enfantine contribue à élaborer le genre», *Population*, Vol. 57, 2002.

13 Blandine DESTREMEAU et Bruno LAUTIER, «Femmes en domesticité, les domestiques du Sud, au Nord et au Sud», *Revue Tiers-monde*, n° 170, 2002, p. 249-264.

14 Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998.

15 A. FINE, «Maternité et identité féminine», dans Y. Knibiehler (sous la direction de), *Maternité, affaire privée, affaire publique*, 2001, p. 61-76.

16 Pierre Legendre, entretien avec Antoine Spire, *Le Monde*, 23 octobre 2001.

complémentarité[17], autrement dit à l'hétérosexualité[18]. Effectivement, le droit institue le principe de non-discrimination des sexes aussi bien sur le plan privé que public: l'égalité conjugale et l'égalité parentale sont presque parfaites et la parité est un objectif constitutionnel. Le maintien de la catégorie «genre» n'a plus tellement de pertinence dès lors qu'elle renvoie à la condition des femmes. Le genre demeure, en revanche, très actuel en tant que dispositif de la différence des sexes, soubassement du lien conjugal et parental. Le principal obstacle à l'égalité cesse donc d'être le genre en tant que «classe des femmes» pour devenir le genre comme complémentarité, critère renvoyant à la prééminence de l'hétérosexualité dans les institutions du droit de la famille.

La traduction juridique de la réalité sociale

Le droit n'a pas uniquement une vie objective, il existe également dans l'expérience subjective des acteurs individuels[19] et, en ce sens, il participe très activement à l'arrangement des sexes au niveau de l'individu par rapport à lui-même ainsi que dans ses relations familiales et sociales. Depuis l'irruption de l'école historique, le droit ne peut plus être conçu uniquement comme un ensemble abstrait de règles imposées à la société, mais comme partie intégrante de cette société, qui plonge ses racines dans les usages et habitudes culturels et dans la tradition. Rarement mentionné explicitement, le sexe est omniprésent dans le droit en tant qu'institution d'origine patriarcale dans laquelle la subordination des femmes et des enfants ainsi que l'injonction à l'hétérosexualité constituent les piliers du pouvoir juridique. À l'instar de Foucault, le pouvoir doit être pensé d'une manière plus large, comme une force productive des rapports sociaux plutôt que comme simple puissance répressive. Le droit apparaît ainsi non seulement comme dépositaire du réel mais également comme son créateur, dès lors que le réel est gravé dans le marbre de la loi[20].

Malgré les avancées significatives des dernières quarante années en matière de contraception, homosexualité, transsexualisme... la sexuation du sujet par le droit continue à être un acte de production d'inégalités masquées par le caractère naturel de l'assignation des genres aussi bien dans l'établissement de l'état des personnes (I) que dans l'accès au droit au mariage et à la filiation (II)

I. Sexe et état de personnes

Le sujet de droit est la personne physique ou morale, titulaire de prérogatives et d'obligations. Alors que la personne morale apparaît comme une entité asexuée, l'individu – personne physique – est, dans l'état actuel du droit positif, nécessairement mâle ou femelle. Il faut attendre l'année 2010 pour qu'une autorité publique[21] admette l'existence du genre neutre[22], catégorie pourtant omnipré-

17 La Grèce antique concevait la complémentarité d'une manière bien plus ouverte: «Ainsi, dit Aristophane, c'est depuis un temps aussi lointain qu'est implanté dans l'homme, l'amour qu'il a pour son semblable: l'amour rassembleur de notre primitive nature, l'amour qui, de deux êtres, tente d'en faire un seul, autrement dit de guérir l'humaine nature. Chacun de nous est donc la moitié complémentaire d'un autre. Si Zeus a coupé un homme, cela fait des hommes qui ne s'intéressent qu'aux hommes. S'il a coupé une femme, cela fait des femmes qui ne font pas très attention aux hommes. S'il a coupé un androgyne, la partie homme est amoureuse des femmes et cela fait les maris qui trompent leur femme, la partie femme est amoureuse des hommes et cela fait les femmes qui trompent leur mari», PLATON, *Le banquet*, trad. Luc Brisson, Paris, Gallimard, 1988.

18 D. BORRILLO, «La luxure ou l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion» in Véronique Fortin, Myriam Jézéquel et Nicholas Kasirer (Dir.) *Les sept péchés capitaux et le Droit privé*, Montréal, Les éditions Thémis, 2007.

19 Il peut sembler étonnant de faire une affirmation aussi banale qu'évidente mais dans le contexte de l'enseignement du droit français et de sa reproduction théorique il n'est pas inopportun de rappeler que le droit n'est qu'une variable dépendante de la société, point d'accord de l'ensemble des théories non positivistes telles le culturalisme, le *Critical Legal Studies*, le fonctionnalisme ou le structuralisme juridique.

20 D. Neil MACCORMICK et Zenon BANKOWSKI, «La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques» in *Théorie des actes du langage, Éthique et Droit*, sous la direction de Paul Amselek, Paris, PUF, 1986.

21 Gouvernement du New South Wales, Australie, mars 2010.

22 A. LACASSAGNE, l'un des fondateurs de la médecine légale en France, avait pourtant proposé l'inscription du genre neutre sur les registres de

sente dans l'inconscient collectif occidental[23] et explicite sur le plan grammatical[24]. Norrie May-Welby est la seule personne au monde à être considérée juridiquement de sexe « neutre » et l'Australie le premier pays à inscrire dans l'acte de naissance : *« not-specified gender »*. Toutefois, l'affaire Norrie May-Welby demeure l'exception qui confirme la règle : pas de salut en dehors de la dualité des genres…

L'état de la personne est constitué par l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et à la société dans son ensemble. L'état d'une personne comprend principalement ses nom et prénoms, son lieu et date de naissance, sa filiation, sa nationalité, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, pacsé ou divorcé) ainsi que son sexe.

Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : « l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés… ». Ainsi, l'examen des organes génitaux externes du nouveau-né détermine :

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe,
- la reconnaissance de cet état par la société (État Civil),
- l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

Il arrive toutefois que l'enfant possède les organes sexuels des deux sexes. Dans l'antiquité gréco-romaine l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité, « les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine »[25]. Selon un récit de Mahomet : « Si un homme pénètre sa femme pendant ses règles, le diable le précède et la rend enceinte donnant lieu à des enfants hermaphrodites »[26]

Le droit moderne reproduit cette conception maudite de la double appartenance aux sexes masculin et féminin. En effet, selon la jurisprudence actuelle, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes, masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »[27]. De surcroît, *l'Instruction générale relative à l'état civil* précise que « lorsque le sexe du nouveau né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication 'sexe indéterminé' et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur »[28].

Appelé autrefois hermaphrodisme (fils d'Hermès et d'Aphrodite)[29], ce phénomène est connu scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme[30]. Cas de force majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a fait suite à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à

l'état civil en cas d'hermaphrodisme, voir : A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, 1887, p. 91.

23 Selon Platon l'espèce humaine comportait trois genres : les mâles nés du soleil, les femelles nées de la lune, et les androgynes (les plus nombreux) qui participaient des deux planètes à la fois.

24 Comme le souligne Bryher « Les noms des choses, dans la langue anglaise, ne sont ni au féminin ni au masculin, ils n'ont pas de genre, ce qui est beaucoup plus sensé et beaucoup plus reposant », Annie W. BRYHER, *Beowulf*, préface, Paris, Mercure de France 1948, p. 14-15.

25 , Luc BRISSON, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Les Belles lettres, Paris, 1997, p. 9.

26 Cité par Sami Awad Aldeeb ABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 192.

27 CA Paris, 18 janvier 1974 : D. 1974, p. 196 concl. Granjon.

28 Art. 288.

29 Le mythe d'Hermaphrodite raconté par Ovide dans le livre IV des *Métamorphoses* est la première explication de ces individus qui semblent « n'avoir aucun sexe ou les avoir tous deux ».

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

l'origine s'était révélé erroné[31]. En tout état de cause, c'est au médecin de décider du genre du nouveau-né. On est loin de la proposition du garde des Sceaux de 1816 qui, à propos des hermaphrodites, estimait que « c'est aux individus que cela concerne ou à leurs parents de choisir le sexe qui paraît leur convenir ». C'est à la fin du XIX[e] siècle que Lacassagne, fondateur de la médecine légale, demande la modification de l'état civil afin que le médecin statue sur « le sexe et l'inscription comme homme, femme ou neutre sur les registres d'état civil »[32].

En dehors des cas d'hermaphrodisme, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles, c'est l'exemple d'un homme déporté qui pendant la deuxième guerre mondiale a subi des expériences chirurgicales et il a pu obtenir un changement de prénom.

Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public: « le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé »[33].

Le transsexualisme (connu scientifiquement sous la dénomination de « dysphorie de genre ») est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui assigné à la naissance. Le transsexualisme met en évidence la complexité du sexe et de ses diverses composantes: sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre. Souvent elles souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie[34] et changer d'état civil. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit de la vie privée[35] provoquant un revirement de la jurisprudence française[36]. Désormais, la personne transsexuelle peut obtenir le changement de son état civil une fois sa morphologie modifiée[37] et son comportement social conférant une apparence du sexe revendiqué établi. Toutefois, si la modification physique n'est pas définitive, le juge refuse également le changement du prénom[38]. Depuis la circulaire du 14 mai 2010, il n'est plus nécessaire d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle (c'est-à-dire d'ablation des organes génitaux), les traitements médicaux-chirurgicaux ayant entraîné des changements irréversibles (p.e. stérilité) pouvant être suffisants pour justifier la demande de changement de sexe à l'État civil.

Après l'inscription du changement physiologique dans l'état civil (acte de naissance et autres pièces d'identité), le transsexuel peut exercer tous les droits attachés au nouveau sexe y compris le droit au mariage[39]. La question

31 CA Versailles, 22 juin 2000, JCP 2001.II.10595, note Guez.

32 A. LACASSAGNE, *Les Actes de l'état civil*, 1887, p. 91.

33 Cass. Civ. 1re, 21 mai 1990, Bull. Civ. I n° 117, p. 83.

34 Les premières opérations de changement de sexe eurent lieu durant le 1er et 2e siècle av. J.-C., G. ANDROUTSOS, M. PAPADOPOULOS, S. GEROULANOS, « Les premières opérations de changement de sexe dans l'antiquité », Andrologie (2001), 11 n° 2 89-93.

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

36 Ass. Plén., 11 décembre 1992, JCP 1995 II, 21991.

37 Le Conseil de l'ordre de médecins autorise la conversion sexuelle depuis 1979 (art. 41 du Code déontologique). Il faut souligner que les juridictions pénales n'ont jamais condamné un médecin pour le crime de castration ni un transsexuel pour automutilation avant même la décision de l'Ordre.

38 CA Nancy, 14 nov. 2003, BICC 1er juin 2004, no 895. L'opération chirurgicale n'est pas obligatoire en Espagne pour procéder au changement de l'état civil des transsexuels.

39 CEDH, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002 n° 28957/95.

se pose, cependant, du devenir du lien matrimonial si la personne transsexuelle était mariée avant le changement de sexe[40]. S'il n'existe pas de problèmes particuliers quand les conjoints décident de divorcer de commun accord, la difficulté apparaît lorsque l'un des époux ne souhaite pas rompre le lien matrimonial. Dans ce cas, le divorce est prononcé pour faute constitutive d'une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune[41]. Or, comme le souligne L. Mauger-Vielpeau, «le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est, en effet, inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa démarche de volontaire. Depuis que la Cour de cassation a reconnu qu'il s'agissait d'un syndrome, c'est-à-dire d'une maladie qui justifie, sous certaines conditions, le changement d'état civil, il manque au transsexualisme la condition subjective pour caractériser la faute conjugale au sens de l'art. 242 c. civ»[42].

La situation devient encore plus difficile lorsque les conjoints souhaitent maintenir le lien conjugal en cas de changement de sexe de l'un d'eux. Comme cette situation produirait une reconnaissance indirecte du mariage homosexuel, ce changement de sexe, selon la doctrine majoritaire, rendrait l'union caduque pour absence d'un élément essentiel d'ordre public, à savoir la différence des sexes[43].

Les liens de filiation existants avant le changement de sexe continuent en l'état, le jugement rectifiant l'acte d'état civil du transsexuel n'a pas de caractère rétroactif. Ainsi, l'acte de naissance des descendants d'un transsexuel n'est pas modifié et la mention de la décision de changement de sexe du parent n'y figure pas. Le transsexuel ne perd donc pas son statut de parent ni, en principe, l'autorité parentale et les droits qui s'y rattachent. Enfin, bien qu'il puisse adopter, le transsexuel n'a pas accès aux techniques de reproduction médicalement assistée: la loi réserve la procréation artificielle aux couples hétérosexuels stériles. De même, le transsexuel ne peut pas reconnaître l'enfant de sa partenaire conçu par insémination artificielle avec donneur[44]. Toutefois, la nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel, après son changement d'état, ne fait pas obstacle à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de celui-ci[45].

Contrairement aux solutions retenues au Royaume-Uni (*Gender Recognition Act*, entré en vigueur le 4 avril 2005) et en Espagne (*Loi sur la rectification de l'état civil des personnes transsexuelles* du 8 novembre 2006), en France seul peut solliciter un changement de l'état civil l'individu ayant procédé à une opération chirurgicale de réassignation : ablation des organes génitaux avec création d'un néo-vagin ainsi qu'une plastie mammaire, s'agissant d'un transsexuel homme-femme[46] ou ayant au moins subi des traitements médicaux entraînant des changements irréversibles.

Si le transsexualisme n'est plus considéré en France un trouble psychiatrique depuis un décret du 10 février 2010, il demeure toujours une maladie nécessitant une intervention médicale. Les associations de transsexuels considèrent humiliante l'obligation faite par l'État de fournir des certificats de stérilisation et de modification génitale pour obtenir un changement d'identité, bien qu'elles souhaitent le remboursement par la sécurité sociale des frais provoqués par le changement de sexe. La législation française pourrait s'inspirer de celle de nos pays voisins ou suivre simplement la recommandation n° 4 du Commissaire aux droits

40 Contrairement à d'autres lois européennes, la loi française n'exige pas que le transsexuel soit célibataire pour lui permettre la rectification de son état civil.

41 Nîmes, 7 juin 2000, LPA 12 avr. 2001, no 73, p. 20, note J. HAUSER, RTD civ. 2001. 335.

42 «Le mariage peut-il «survivre» au transsexualisme d'un époux?», Recueil Dalloz 2002 p. 124.

43 P. COURBE, *Droit civil de la famille*, 5e éd., 2008, Armand Colin, n° 73.

44 Cass. 1er Civ. 18 mai, 2005, n° 02-16.336, Bulletin 2005 I N° 211 p. 179.

45 CA Aix-en-Provence 6e ch. A, 12 mars 2002 (Dalloz Jurisprudence en ligne, http://bu.dalloz.fr).

46 La Cour d'appel de Rennes avait déjà admis le passage transsexuel en l'absence d'opération chirurgicale: CA Rennes, 26 oct. 1998, D. 1999.508). La cour d'appel d'Aix-en-Provence s'était prononcée dans le même sens par un arrêt rendu le 9 novembre 2001.

de l'Homme du Conseil de l'Europe qui, dans son rapport thématique sur « Droits de l'Homme et Identité de Genre » du 31 juillet 2009, demande « dans les textes encadrant le processus de changement de nom et de sexe, de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux ». Le changement de sexe légal pourrait ainsi se faire par simple requête auprès du juge, accompagnée de deux témoins attestant de la réalité et du vécu de la personne dans son sexe revendiqué.

II. Sexe, mariage et filiation

Outre l'état des personnes, la sexuation du sujet de droit détermine les conditions d'accès au mariage et à l'établissement du lien de filiation.

Certes, les constitutions nationales, la Convention européenne des droits de l'Homme et les Chartes internationales consacrant les droits fondamentaux définissent l'individu d'une manière neutre : « toute personne a le droit… », « tout individu a le droit… », « chacun a le droit… » ou encore « nul ne peut être… ». Mais lorsqu'elles énoncent le droit au mariage, les créanciers dudit droit deviennent genrés : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille… »[47]. Toutefois, la Charte européenne des droits fondamentaux, dont les auteurs étaient conscients des enjeux futurs, cesse de définir le mariage à partir de la différence des sexes et énonce simplement que « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » (article 9).

Après le mariage de deux hommes célébré par le maire de Bègles le 5 juin 2004, le tribunal de grande instance de Bordeaux a procédé à son annulation considérant que la différence de sexes est, selon le droit français, *« une condition du mariage compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme »*. La cour d'appel a confirmé cette position soulignant *« qu'en droit français 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 est l'écho de la notion sexuée de père et mère »*[48] et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision par un attendu aussi bref que lapidaire :

> *« Attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. »*[49]

La simplicité de l'argument de la Cour de cassation conforte la doxa du mariage comme l'espace institutionnel de la différence des sexes, confirmant ainsi une vieille jurisprudence de la Cour de cassation de 1903 selon laquelle l'un des éléments essentiels à l'existence du mariage est la différence de sexes des partenaires. À l'époque, la question posée était celle de savoir, face à un cas d'hermaphrodisme, comment déterminer, au-delà des actes de l'état civil, la différence en question. La Cour retiendra comme critère d'appréciation l'apparence extérieure du sexe. Dès lors que le sexe inscrit à l'état civil correspond au sexe biologique manifeste, la *conditio matrimonii* est remplie et les parties peuvent convoler en justes noces.

Dans l'état actuel du droit positif français, l'existence du mariage est donc subordonnée à la constatation de ces deux exigences : la différence de sexes et la concordance de l'organe génital avec le sexe inscrit dans l'acte de naissance.

Depuis 1983, il est admis en France que l'officier d'état civil doit s'en tenir au sexe tel qu'il est mentionné sur les actes d'état civil qui lui sont transmis, ce qui implique la

47 Art. 12 de la Convention Européenne des droits de l'Homme. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme établit : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».

48 Bordeaux, 19 avr. 2005, n° 04/04683, D. 2005. Jur. 1687, note Agostini.

49 Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 05-16.627 D. 2007. AJ. 935, obs. Gallmeister.

possibilité pour un transsexuel de se marier[50]. La CEDH a également considéré que l'empêchement au mariage lié à la différence de sexe est supprimé dès lors que la modification de l'état civil est effectuée[51].

La situation semblait claire jusqu'au jour où Mme Camille Barré, transsexuelle de 46 ans et M. Martin León Benito, transgenre de 30 ans qui se faisait appeler « Monica », décident de se marier. Le procureur de la République, à la demande du maire de Rueil-Malmaison, s'oppose au mariage pour absence d'une « véritable volonté matrimoniale, le but exclusivement recherché étant étranger à celui de se comporter comme mari et femme ». Se présenter habillées en femme semble ainsi suffire pour rendre leur consentement suspect. Si l'absence de différence de sexes n'apparaît pas comme le motif explicite empêchant cette union (elle est souvent évoquée pour renforcer la simulation dénoncée), la manière d'organiser la logique argumentative laisse entrevoir une ambiguïté quant à la qualification de l'opposition à mariage. Ainsi, derrière la simulation, le Procureur et le tribunal entendent sanctionner également l'absence de différence de sexe, comprise non pas dans le sens juridique mais comme absence de désir hétérosexuel. Dans ce dessein, le Procureur dénonce le caractère doublement homosexuel de l'acte. Tout d'abord, il ne cache pas sa réticence envers la jurisprudence de la Cour de cassation : « même si les demandeurs justifient par des actes d'état civil qu'ils sont de sexes différents [...] même si la formule chromosomique de Mme Barré reste inchangée, [...] il apparaît qu'en l'espèce, les intéressés entendent s'unir par le mariage en tant que femmes ». Il est évident qu'avant 1992, le procureur aurait pu s'opposer au mariage d'une manière plus aisée. En effet, avant que la France ne soit condamnée par la Cour de Strasbourg, Camille Barré n'aurait pas pu obtenir le changement de son état civil et aurait donc été considérée comme un homme. Ensuite, ce qui semble déranger le Procureur ce n'est pas tant que Camille soit une femme mais qu'elle désire des individus avec une apparence féminine. Or, le fait que M. Leon s'habille en femme et revendique un prénom féminin ne constitue nullement la preuve d'un défaut de sincérité de l'intention matrimoniale. De surcroit, ce qui est relevant en droit n'est pas la différence de genre mais uniquement la différence de sexes. Peu importe les identités revendiquées par les individus, seule devrait compter l'information inscrite à l'état civil. Toutefois, le TGI de Nanterre confirmera l'opposition à mariage même si la volonté de respecter le devoir conjugal et *l'affectio maritalis* semblaient incontestable. Ce qui est contesté par le tribunal n'est pas tant le fait que les requérants ne souhaitent pas se soumettre au devoir conjugal mais la manière dont ils entendent l'exécuter. Ainsi, s'abritant derrière la théorie de la simulation et sans que cela ne soit pas explicité[52], les juges entendent mettre en cause l'existence même du mariage. Pour ce faire, ils opèrent un glissement conceptuel : à la place de la différence de sexes, ils introduisent la différence de genre, entendue comme apparences opposées et désir hétérosexuel. Le tribunal va ainsi utiliser un artifice qui permet de s'opposer au mariage le qualifiant à la fois d'acte simulé et d'union homosexuelle. Selon les juges, les requérants ne veulent pas se marier, derrière ce geste se cacherait un acte militant ayant pour but la revendication du mariage homosexuel. Mais, nous savons combien il est difficile de prouver un mariage simulé, d'autant que les requérants n'entendaient pas se soustraire aux obligations conjugales. Rien n'empêche en effet à un couple de se marier pour faire avancer une cause militante, à condition que *l'affectio maritalis* ne fasse défaut, ce qui était le cas en question. C'est à ce moment que l'artifice des juges opère, car même si les requérants démontrent leur volonté commune et durable de vivre comme conjoints, leur union ne

50 TGI Paris, 13 déc. 1983, et Paris, 17 févr. 1984, D. 1984. 350, note M.-L. Rassat, RTD civ. 1985. 135, obs. J. Rubellin-Devichi.

51 CEDH, 11 juillet 2002, I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin c. Royaume-Uni, req. N° 289/57, Dalloz 2003, p. 1936 obs. J-J. Lemouland ; Dalloz 2003, p.525, obs. C. Birsan.

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

peut exister puisqu'elle ne prend pas la forme hétérosexuelle. Par cette décision, les juges estiment que M. Benito, tout en étant un homme aux yeux de loi, ne peut pas accomplir convenablement le devoir conjugal: il ne désire pas une femme en tant qu'homme mais en tant que femme[53]. Ce qui compte pour la bonne exécution du devoir conjugal, ce n'est plus le sexe mais le genre et la nature du désir sexuel des conjoints. Cette décision met clairement en évidence que la différence de sexes n'est pas uniquement une condition liée au genre des partenaires mais à la matrice hétérosexuelle de l'institution matrimoniale. Conscients de la difficulté à expliciter la différence de genres comme *conditio sine qua non* du mariage, les juges de la Cour d'appel de Versailles ont confirmé l'opposition à mariage en se fondant sur la théorie de la simulation sans renoncer pour autant à condamner le mariage homosexuel: «qu'en réalité les appelants entendent [...] s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre la prohibition actuelle du mariage entre personnes de même sexe» et «qu'une telle intention équivaut à un défaut de consentement...»[54]. Les parties ne s'étant pas pourvues en cassation, la décision de la Cour d'appel est devenue définitive.

En matière de filiation, la *conditio heterosexualis* est encore plus prégnante. Les couples de même sexe ne peuvent pas adopter tout comme les femmes célibataires et les femmes ménopausées (mariées ou pas) également exclus de l'assistance médicale à la procréation. La différence de sexes demeure une condition sine qua non du droit à la filiation charnelle ou adoptive.

Alors que jusqu'aux années 1990, l'ensemble des spécialistes du droit de la famille s'accordait sur la dimension éminemment sociale et culturelle de la filiation (modèle civiliste), dès la revendication homoparentale émerge sur la scène publique, une redéfinition naturaliste de la filiation commence à s'imposer dans la doctrine. Dès lors que le soubassement hétérosexuel de la filiation commence à se déstabiliser par la revendication homoparentale, les institutions se chargeront du rappel à l'ordre: En 1988 le Sénat rend public le rapport *Braibant*, dans lequel, pour la première fois, les sénateurs parlent «d'affirmation de la valeur des structures naturelles de la parenté». En 1994 les lois de bioéthique définissent juridiquement le couple comme «l'union d'un homme et une femme». De même, en 1995, le Conseil d'État fait référence au «référant paternel» dans le cas d'une adoption par un célibataire, alors même qu'un tel référant n'est pas exigé par la loi[55].

La revendication homosexuelle a ainsi permis de rendre explicite la matrice hétérosexuelle du droit de la filiation: certains parlent de l'ordre symbolique de la différence des sexes et les tribunaux commencent à imposer l'expertise biologique dans les procès en contestation de paternité. De même, la recherche des origines est revendiquée socialement et la différence des sexes devient une valeur en soi: la vérité biologique apparaît comme l'argument ultime non seulement pour s'opposer à la filiation homoparentale, et partant, pour créer une sorte de hiérarchie entre les filiations qui doivent désormais être basées sur les liens du sang mais également pour désigner les familles monoparentales ou recomposées comme responsables de la désintégration sociale, de la violence, voire de la criminalité en raison de la «dissolution» familiale, de la «désinstitutionnalisation» du mariage et de l'«absence des pères»[56].

Pour certains auteurs, la loi française est allée trop loin dans la négation de la vérité biologique (c'est-à-dire de la matrice hétérosexuelle). Pour y remédier, Agnès Fine propose la reconnaissance de la pluriparentalité qui, «n'est pas seulement liée à la place de plus en plus importante de familles recomposées dans notre société. Elle a été aussi

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

54 CA Versailles 1er Ch. 08/07/2005.

55 Borrillo, D. et Pitois, Th., "Adoption et homosexualité: analyse critique de l'arrêt du Conseil d'État du 9 octobre 1996" in Borrillo (Ed.) *Homosexualités et Droit*, Paris, PUF, coll. «Les voies du droit», 1998.

56 La désignation des familles atypiques comme étant à l'origine de la délinquance permet de masquer les facteurs socio-économiques qui ruinent l'autorité des parents.

portée par la prise en compte croissante de la question identitaire qui s'est exprimée sous la forme revendicative d'un droit de l'enfant à la connaissance de ses origines, pour les enfants adoptés ou ceux qui sont nés de procréation médicalement assistée »[57]. L'anthropologue regrette que « contrairement à l'Angleterre et l'Allemagne, la France reste à l'écart de modèle de la *open adoption* », c'est-à-dire sans rupture avec la filiation biologique…

Le Conseil d'État avait également jugé que le droit à l'adoption était réservé aux hétérosexuels, il a fallu une condamnation de la CEDH pour mettre fin à cette interprétation discriminatoire de la loi[58].

Ce n'est pas uniquement aux couples de même sexe que les conservateurs s'attaquent mais également à toute forme de filiation qui ne soit pas fondée sur la double référence masculine et féminine. La remise en question de la loi de 1966 autorisant l'adoption monoparentale, la critique de l'accouchement sous X, les demandes pour lever l'interdiction de l'anonymat en cas de don de sperme, ainsi que l'inscription de l'origine biologique dans les actes de naissance en cas d'adoption plénière, témoignent de la résistance contre un effacement de la référence à l'hétérosexualité. C'est à condition de préserver quelque part la prééminence procréative de l'hétérosexualité que l'homosexualité pourra par la suite demander de s'inscrire dans l'ordre de la parentalité (et non pas dans celui de la parenté)[59]. Autrement dit, les gays et les lesbiennes pourront jouir de tous les droits relatifs à l'autorité parentale mais les couples de même sexe demeureront exclus des droits de filiation.

La prééminence du biologique refait surface de manière sournoise, d'une part, en assurant la place de l'hétérosexualité au sein même de l'homoparentalité (ou de la pluriparentalité pour reprendre l'expression d'Agnès Fine) et, d'autre part, en fondant la norme non pas sur la volonté individuelle mais sur une prétendue immanence des origines, appelée par la nouvelle pensée conservatrice « ordre générationnel » ou « ordre symbolique »[60]. La difficulté à admettre une parenté exclusivement féminine ou exclusivement masculine, pourtant parfaitement en accord avec le modèle civiliste, a conduit à une remise en question dudit modèle en faveur d'une vision naturaliste de la filiation[61].

Conclusion

En se fondant sur une idée culturaliste, la tradition féministe non-essentialiste qui va de Simone de Beauvoir à Judith Butler, propose une critique radicale du système sexe-genre. La multiplication des genres proposée par J. Butler, à travers la notion de performativité, pourrait se traduire juridiquement par le silence de la *privacy* : chaque individu adopte le genre qu'il souhaite. En revanche, un sujet de droit sans genre (plutôt qu'avec plusieurs genres) deviendrait le principe gouvernant la nouvelle grammaire sexuelle. Il suffirait pour cela de mettre fin à la pratique d'inscription du sexe des individus dans l'acte de naissance. Cela permettra de régler à la fois les problèmes rencontrés par les intersexués et les transsexuels et de lever l'interdic-

57 Agnès FINE, « Qu'est-ce qu'un parent ? Pluriparentalités, genre et système de filiation dans les sociétés occidentales », *Spirale* n° 21.

58 CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008.

59 Les termes parenté et parentalité n'ont pas d'existence juridique. Ils renvoient à l'ethnologie et à la sociologie de la famille. Ce sont surtout les travaux de Durkheim, Mauss, Lévi-Strauss Malinowski, Margaret Mead ou encore Ruth Benedict qui nous ont familiarisés avec ces notions. La parenté désigne les règles de descendance s'appliquant à chaque individu, et plus généralement le lien qui unit l'enfant à un ou deux adultes (père et mère). La parentalité fait référence à l'éducation des enfants ainsi que les droits et les obligations qui en résultent (actions pédagogiques, domestiques, éducatives, de soin, droit d'hébergement, droit de visite, etc.). On cherchera donc en vain ces vocables dans les codes et les lois. Le terme parenté est connu en droit comme « filiation » tandis que l'équivalent juridique de la parentalité est celui de *patria potestas* appelé plus tard autorité parentale ou responsabilité parentale pour prendre une expression encore plus moderne.

60 D. BORRILLO, « Mariage entre personnes de même sexe et homoparentalité : un révélateur de notre capacité à assumer la modernité » in *Homoparentalités. Approches scientifiques et politiques*, PUF, Paris, 2006.

61 D. BORRILLO, « La parenté et la parentalité dans le droit : conflits entre le modèle civiliste et l'idiologie naturaliste de la filiation » E. Dorlin et E. Fassin (Dir.), *Reproduire le genre*, Paris, Éditions Bibliothèque Centre Pompidou, 2010 p. 121-136.

tion du mariage et de l'adoption des couples de même sexe. En effet, une fois la référence au sexe disparue des actes de l'état civil, la dualité sexuelle cesserait d'être une condition sine qua non du *ius connubii*. Fondé exclusivement sur la dimension spirituelle (volonté), le mariage trouverait sa légitimité dans le consentement et non plus dans la différence des sexes, version moderne de la *copula carnalis* canonique. Après tout, le mariage demeure le contrat *intuitu personae* par excellence pour lequel le sexe du co-contractant n'est relevant que pour les parties. La modification du langage juridique des codes civils ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe et reconnu la filiation homoparentale est révélatrice de cette mouvance du droit sans genre. Ainsi, ces lois ne font plus référence au « mari » et à la « femme » mais aux « conjoints » et ne désignent plus le « père » et la « mère » mais les « parents ».

Fondée sur la volonté, l'adoption est une institution plus apte que la vérité biologique à assurer la stabilité des liens familiaux. Contrairement à la filiation charnelle, la filiation choisie trouve son fondement dans la liberté non seulement d'accueillir les enfants des autres mais également d'abandonner ses propres enfants biologiques, ce qui est uniquement possible pour les femmes (accouchement sous X) mais devrait pouvoir s'élargir aussi aux hommes à travers une déclaration formelle de renoncement à la paternité.

La généralisation de la filiation adoptive (y compris pour ses propres enfants)[62] permettrait de mettre la volonté au cœur du dispositif parental. Désormais, celui-ci reposerait exclusivement sur la volonté du ou des géniteurs qui donnent l'enfant et celle de ou des adoptants qui l'accueillent. De surcroît, l'adoption est une institution conçue à partir du droit de l'enfant à avoir une famille, contrairement à la filiation biologique qui apparaît plutôt comme un dispositif du droit à l'enfant.

Un sujet de droit sans genre et un lien familial débarrassé de sa dimension biologique permettrait également de donner au droit sa dimension conventionnelle en l'affranchissant à la fois de la métaphysique de la différence des sexes et de la naturalisation de la parenté. Un ordre juridique démocratique ne peut pas continuer à fonctionner sur la base de la division binaire des genres et de l'injonction à l'hétérosexualité. Comme ce fut le cas pour la race, la loi doit cesser de prendre en considération le sexe d'un individu pour lui attacher des conséquences juridiques.

Deux modifications seraient en ce sens nécessaires :

- Faire disparaître la référence au sexe des personnes des actes de l'état civil
- Abandonner la référence au biologique, au profit de l'adoption, dans l'institution de la filiation.

62 Ce qu'impliquerait de concevoir une forme allégée d'adoption afin d'échapper aux contraintes administratives actuelles.

Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit (brèves remarques autour du texte de Daniel Borrillo)

Marc PICHARD*

Les propositions avancées de manière très stimulante par M. Borrillo s'inscrivent dans la tradition d'une analyse critique du droit: elles invitent à mettre en questions des règles de droit posées comme évidentes, au premier rang desquelles l'assignation d'un sexe aux sujets de droit – du moins aux personnes physiques[1]. Pourquoi, alors que le nom de famille et le prénom individualisent et identifient le sujet de droit, fonctions premières de l'état des personnes[2], celui-ci individualise-t-il et identifie-t-il *aussi* avec le sexe? De fait, le phénomène semble très général, et la distinction juridique des sexes universelle. Mais l'universalité du phénomène n'en constitue pas une explication et moins encore une justification. Or l'immense intérêt de la question posée par M. Borrillo est de conduire à se demander pourquoi l'on distingue de la sorte et si cette distinction est admissible, tout comme la revendication d'un mariage entre personnes du même sexe devrait conduire à enrichir la réflexion sur le sens de cette union en droit français – en l'état actuel uniquement reconnue lorsqu'elle concerne deux personnes de sexes différents[3] –, à la lumière de son éventuelle ouverture aux personnes de même sexe[4].

* Professeur à l'Université Lille Nord de France – UDSL, *Droits et Perspectives du droit* (EA 4487) – LERADP.

1 Sur la prise en considération du sexe sinon de la personne morale du moins de ses représentants permanents au sein des conseils d'administration ou de surveillance, v. la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 *relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle* (*JO* 28 janvier 2011, p. 1680), en part. les art. 1 III et 2 IV.

2 Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, 8e éd., 2007, PUF, coll. «Quadrige», V° «État – des personnes»: «Ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société (date et lieu de naissance, filiation, nom, domicile, situation matrimoniale, etc.)». On notera que le sexe n'est pas mentionné parmi les éléments listés. Il est toutefois communément cité parmi eux. V. en part. Fr. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, coll. «Précis», 7e éd., 2005, n° 146 et s., p. 147 et s. Il s'agit là de l'expression d'un mouvement d'extension des composantes de l'état. En ce sens, v. G. Cornu, *Droit civil. Les personnes*, 13e éd., Montchrestien, coll. «Domat», 2007, n° 37, p. 84, qui souligne que, traditionnellement, l'état «ne comprenait que la nationalité et la parenté» mais que «la doctrine moderne tend à retenir de l'état une vue ouverte plus diversifiée. L'âge, le sexe, la profession et même la religion sont également reconnus, avec plus ou moins d'effets, comme éléments de l'état».

3 Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16627, Bull. civ. I n° 113, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. Capitant, Fr. Terré et Y. Lequette, 12e éd., Dalloz, 2007, t. 1, n° 32, p. 236 s., et les réf. citées.

4 Que la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas vouloir imposer aux États membres du Conseil de l'Europe: v. CEDH, 1re

On pourrait – on devra – discuter de la pertinence de l'assignation d'un sexe aux individus comme on pourrait – on devra – discuter sa présentation comme un instrument de domination masculine (ou hétérosexuelle). Mais plutôt que de présenter un point de vue, qui ne serait jamais qu'individuel[5], il semble plus utile à la réflexion collective d'insister sur les questions de méthode inhérentes au sujet, qu'il s'agisse de la méthode des auteurs d'un discours sur le droit ou de la méthode des producteurs de règles de droit.

Méthode des auteurs d'un discours sur le droit

Qu'est-ce que ce droit qui assignerait un sexe? La tentation est grande d'évoquer *le droit* et son influence sur «la logique binaire des genres». Or, s'il est certainement légitime de solliciter des décisions emblématiques – comme la décision de la cour d'appel de Versailles du 8 juillet 2005[6] –, il convient toutefois de se garder de concevoir le droit de manière monolithique. Distinguer parmi les sources s'impose.

D'abord, il convient de distinguer entre la loi et les décisions de justice. On ne peut que souligner – chacun en convient – l'immense travail de «désexuation» de la loi civile accompli depuis les années 1960. Deux lois méritent certainement tout particulièrement l'attention: la loi de 1970 sur l'autorité parentale[7] et celle de 1985 relative aux régimes matrimoniaux[8]. La loi civile française ne connaît plus guère les maris et les femmes, les pères et les mères.

Certes, toutes les références au sexe du sujet de droit n'ont pas disparu. La conclusion du mariage et la filiation, qu'il s'agisse de la filiation dite «charnelle», des procréations médicalement assistées ou de l'adoption, sont les domaines de prédilection de la persistance de la distinction des sexes. Et la neutralité des termes peut n'être que d'apparence: derrière le recours au terme *époux* se cache parfois l'exigence de différence des sexes pour voir un couple accéder à certaines institutions[9].

Certes, en dehors du Code civil, et en particulier en matière sociale, la loi demeure parfois soucieuse du sexe du sujet: aux mères, le congé de maternité; aux pères, le congé de paternité[10].

Il n'en reste pas moins que, dans la loi civile française, la place du sexe, si elle n'est peut-être pas marginale, est secondaire (ce qui n'exclut pas qu'on puisse la juger excessive). On a d'ailleurs pu écrire que «c'est dans le sens d'une abstraction croissante que s'oriente le droit contem-

sect., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*; *JCP* 2010.768, p. 1412, obs. C. Picheral; *JCP* 2010.859, n° 30, p. 1591, obs. F. Sudre; *JCP* 2010.1013, p. 1899, note H. Fulchiron; *JCP* 2011.29, n° 1, p. 60, obs. A. Gouttenoire; *Dr. famille,* oct. 2010, comm. 143, obs. E. Lagarde; *RTD civ.* 2010.738, obs. J.-P. Marguénaud; *RTD civ.* 2010.765, obs. J. Hauser.

5 Rappr. M. GOBERT, «Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution)», *RTD civ.* 1992.489, p. 525: «Lorsque l'on n'est ni législateur ni juge, il n'y a à être ni pour ni contre la maternité de substitution ou plutôt le pour ou le contre n'est plus qu'affaire personnelle et donc sans importance».

6 Versailles, 8 juillet 2005, *D.* 2006.772, note V. Bonnet; *AJ famille* 2005.322, obs. Ph. Guez; *RTD civ.* 2006.93, obs. J. Hauser; D. 2006.1416, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau.

7 Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 *relative à l'autorité parentale* (*JO* 5 juin, p. 5227): «Loi d'actualité, la loi du 4 juin 1970 l'est d'abord, et avant tout, parce que c'est la première qui consacre l'égalité totale des époux» (M. GOBERT, «L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970)», *JCP* 1971 I 2421, n° 7).

8 Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, *JO* 26 décembre, p. 15111: l'intitulé est on ne peut plus explicite, et correspond au contenu.

9 Lorsque, à l'article 343 du Code civil, on lit que «l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans», la neutralité apparente de la formulation ne doit pas faire illusion. Certes, le texte n'aurait pas à être modifié si le mariage était désormais possible entre personnes de même sexe. Toutefois, en l'état, s'exprime l'idée selon laquelle un enfant ne peut être adopté conjointement que par un couple composé de deux personnes de sexes différents.

10 Et la Cour de cassation a posé très clairement que le congé de paternité ne pouvait concerner qu'un père – c'est-à-dire un homme: Cass. 2e civ., 11 mars 2010, n° 09-65 853; *D.* 2010.1394, note A. Mirkovic; *AJ famille* 2010.184, obs. Fr. Chénedé; *JCP* 2010.607, p. 1136, note Y. Favier; *Dr. famille,* mai 2010, comm. 92, obs. A. Devers.

porain de la famille, abstraction qui porte en germe la possibilité d'une indifférenciation complète des rôles *qui pourrait par exemple conduire à ce que la mention du sexe à l'état civil devienne superflue* [nous soulignons] »[11] : l'évolution préconisée par M. Borrillo serait en marche. Il n'est toutefois pas certain que la même impression prévale si l'on quitte les textes, et en particulier le Code civil, pour s'intéresser aux décisions de justice.

Que l'on envisage les décisions de justice dans leur œuvre de création, d'interprétation ou d'application d'une règle de droit, le cas échéant en elle-même neutre, la tendance à l'indifférence au sexe semble beaucoup moins flagrante qu'en matière législative. À cet égard, les décisions rendues par la Cour de cassation en assemblée plénière le 11 décembre 1992, à bien des égards « libérales », posent question. On y lit : « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, *auquel correspond son comportement social*, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »[12]. Moins que l'exigence d'une conversion sexuelle, c'est bien plutôt celle d'un « comportement social » de l'autre sexe qui peut étonner. Ce faisant, la Cour de cassation pose que les hommes ne se comportent pas socialement comme les femmes, ne sont pas censés se comporter comme des femmes. Indiscutablement, elle œuvre alors à la distinction des hommes et des femmes – ce qui ne semble pas choquer M. Borrillo qui suggère que « le changement de sexe légal puisse se faire par simple requête auprès du juge, accompagnée de deux témoins attestant de la réalité et du vécu de la personne dans son sexe revendiqué », cette preuve impliquant que la distinction des hommes et des femmes soit pertinente, et – surtout – s'exprime dans des « vécus » différents.

L'attachement ainsi exprimé par la Cour de cassation dans sa formation la plus prestigieuse à la différence des sexes peut certes alors être présentée comme un attachement *du droit français* à la « sexuation » du sujet de droit. Mais toutes les décisions de justice n'ont pas une telle portée. En particulier, une décision des juges du fond – et quand bien même elle serait rendue au nom du peuple français – ne fait pas le droit français. Et ajouter une décision du fond à une autre ne suffit pas nécessairement à faire émerger l'état de ce droit. Aussi bien importe-t-il de hiérarchiser – même si le *contentieux* ne doit pas être négligé[13]. D'un arrêt de la cour d'appel de Nîmes et d'un jugement du tribunal de Caen, très critiqués par la doctrine[14], on ne saurait tirer

11 C. DUVERT, « L'homme et la femme dans le Code civil ou La dialectique du donné et du construit », *in Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, dir. P. Bloch, C. Duvert, N. Sauphanor-Brouillaud, Economica, coll. « Études juridiques », 2006, p. 25 et s., p. 35. *Adde* M.-A. FRISON-ROCHE et R. SÈVE, « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique*, 2003, 53, n° 1, p. 55 et s., n° 36, p. 71-72 : « La seconde abstraction à laquelle pourrait aboutir le législateur serait la suppression du sexe sur l'état civil [...]. On peut aujourd'hui s'interroger même sur la pertinence du renseignement pour situer l'état d'une personne » ; et la conclusion, n° 70, p. 84.

12 Cass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11900 et 91-12373, *Bull plén.* n° 13, *in* H. CAPITANT, Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 26, p. 186 et s., et les réf. citées.

13 Sur la distinction de la jurisprudence et du contentieux, v. M.-Cl. RONDEAU-RIVIER, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *RTD civ.* 1993.89, p. 89-90.

14 V. sous l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 7 juin 2000, les commentaires de MM. Massip (*Petites Affiches*, 12 avril 2001, p. 20, spéc. p. 21 : « Cette motivation [...] ne fait pas bon ménage avec la logique »), Hauser (*RTD civ.* 2001.335, p. 336 : « L'affirmation sur l'indifférence de l'imputabilité des faits semble bien nettement contraire à l'article 242 » du Code civil) et Lécuyer (*Dr. famille*, janv. 2001, comm. 4 : « Le raisonnement entrepris n'est sans doute pas à l'abri de toute critique. Notamment, en désignant le transsexuel responsable de la séparation quand bien même sa volonté n'y serait pour rien, l'arrêt néglige la condition d'imputabilité des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage »). *Adde* sous le jugement du TGI de Caen du 28 mai 2001, L. MAUGER-VIELPEAU, *D.* 2002.124, spéc. p. 126 : « Quoi qu'il en soit, le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est en effet inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa faute de volontaire ».

une solution générale concernant le droit français[15]. Et, dans les matières donnant lieu à un contentieux abondant, de masse, serait-il préférable, pour évaluer exactement la part de l'éventuelle participation du droit français à la «domination masculine», de procéder à une – fastidieuse autant que nécessaire – étude quantitative.

Et même, celle-ci devra être menée en ayant égard au fait qu'une décision de justice n'est jamais qu'une décision de justice au sens où elle est en principe limitée par les demandes des parties. Certainement les juges du fond ont-ils effectivement tendance à fixer la résidence habituelle des enfants en bas âge chez leur mère[16]; mais, si une telle pratique était avérée, elle ne pourrait être lue en termes de choix des juges de confiner les mères à la petite enfance, guidés qu'ils seraient par une «conception essentialiste», que sous réserve, en particulier, que les hommes réclament effectivement de s'occuper des enfants en bas âge. En d'autres termes, apprécier la décision exige de connaître les prétentions des parties. Si les pères abandonnent leur rôle de pères, tandis que les mères réclament d'obtenir la résidence habituelle des enfants, on ne saurait déduire des jugements et arrêts la volonté des juges d'assigner aux hommes et aux femmes un certain rôle[17] – d'autant que les décisions en cause pourraient bien être, dans nombre de cas, de simples homologations de l'accord des parents que le droit positif a entendu favoriser le plus possible[18]. C'est alors au législateur qu'un reproche pourrait être adressé: n'avoir pas adopté une règle non susceptible de dérogation qui imposerait une résidence alternée en toute hypothèse.

Mais, à nouveau, l'articulation des sources devra être prise en considération avant de formuler ce grief: l'avènement d'une telle règle pourrait lui-même être fragilisé par les engagements internationaux de la France, au premier rang desquels la Convention internationale des droits de l'enfant, qui impose que l'intérêt supérieur de l'enfant soit, en la matière, la considération primordiale[19], ce qui invite le législateur à laisser au juge une certaine marge d'appré-

15 Au demeurant, s'il fallait s'intéresser aux décisions des juges du fond, un arrêt de la cour d'appel de Caen du 12 juin 2003 devrait être cité. Le ministère public s'était opposé à une requête en modification du sexe d'un transsexuel qui s'était marié peu de temps avant d'introduire cette demande. La cour, dans un arrêt infirmatif non publié, admet le changement de sexe de la personne en question, nonobstant son état de personne tout récemment mariée: «Contrairement au premier juge, la Cour considère enfin que l'ordre public, qui tend à faire prévaloir le respect des droits individuels sur la défense des institutions et qui accepte que le transsexualisme puisse justifier la rectification de l'état civil, n'est pas affecté et troublé par la coexistence chez une même personne, à un moment donné, d'une appartenance au sexe féminin et du statut de conjoint d'une femme» (Décision non publiée citée par L. MAUGER-VIELPEAU, «Le transsexualisme et le Code civil», *Dr. famille*, sept. 2005, ét. 18, n° 31, p. 13-14).

16 Pour une illustration, dans un contexte très particulier, v. Lyon, 28 juin 2010, *AJ famille* 2010.490, obs. C. Siffrein-Blanc: un homme et une femme, chacun engagé dans une relation de couple avec une personne de son sexe, conçoivent un enfant ayant vocation à être élevé au sein des deux couples de personnes de même sexe. Alors que l'enfant est âgé de quatre mois, le juge aux affaires familiales saisi se prononce pour une résidence alternée. Appel est interjeté par la mère. La décision est réformée: «il apparaît [...] justifié de mettre fin à la résidence alternée qui n'est pas adaptée au très jeune âge de l'enfant et qui a provoqué chez l'enfant des symptômes de mal-être à prendre suffisamment au sérieux [...]. Il convient donc de fixer la résidence principale de l'enfant chez sa mère, et d'organiser des séjours courts et fréquents chez son père». Mais le fait même que la première décision ait été réformée établit qu'il n'existe pas de position univoque des juges du fond à ce propos.

17 V. *infra*, 2e partie, la question du rôle du droit dans l'assignation d'un sexe.

18 Même le droit belge, issu de la loi du 18 juillet 2006, souvent présenté comme tendant à imposer l'égal traitement des parents, est beaucoup plus nuancé. Le principe d'hébergement égalitaire ne trouve en effet à s'appliquer qu'à défaut d'accord des parents en sens contraire. En outre, les auteurs se divisent sur la possibilité de prendre en considération le jeune âge de l'enfant pour déroger au principe de résidence alternée. Sur ces questions, v. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2e éd., Larcier, 2010, n° 759 et s., p. 698 et s. Comp. J.-L. RENCHON, «Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant», *L'effectivité de la Convention internationale des droits de l'enfant*, *Petites affiches*, 7 octobre 2010, p. 29 et s., spéc. n° 11, p. 30-31.

19 V. l'art. 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

ciation[20] ... Mais c'est déjà là s'intéresser à la méthode des producteurs de règles de droit.

Méthode des producteurs de règles de droit

Quel est le rôle du droit dans l'assignation (ou la non-assignation) d'un sexe? L'hypothèse de travail de M. Borrillo est que le droit «participe très activement à l'arrangement des sexes au niveau de l'individu par rapport à lui-même ainsi que dans ses relations familiales et sociales»; «la sexuation du sujet par le droit continue à être un acte de production d'inégalités masquées par le caractère naturel de l'assignation des genres». Aussi bien pourrait-on lire sa proposition de «faire disparaître le sexe des personnes des actes de l'état civil» comme un retrait du droit. Or, parce que le rôle du droit peut au contraire sembler plutôt passif, l'abandon de la «sexuation» des individus pourrait s'analyser comme tout autre chose qu'un retrait. En somme, de l'analyse du rôle du droit dans l'assignation d'un sexe dépend celle du sens de l'intervention d'un producteur de normes dans ce contexte.

Lorsque l'on considère l'être humain comme sujet de droit, on ne peut que constater que le droit lui assigne un sexe. La part du droit dans cette assignation existe. Simplement, et dans un monde (idéal?) qui ne connaîtrait pas le droit, le sexe de l'être humain disparaîtrait-il? Sans le droit, ne seraient-ils pas – même s'ils ne le seraient peut-être pas tout autant – homme ou femme? En somme, le droit a-t-il un rôle actif ou un rôle passif en la matière? À l'évidence, il se conçoit ou se présente comme passif: loin de constituer, il déclarerait – et s'en remet à d'autres, en l'occurrence aux médecins, pour identifier le sexe de l'enfant. Et, même si l'on veut bien admettre que «la fonction du droit n'est [...] jamais purement recognitive, mais toujours aussi constitutive»[21], il n'y a certainement pas là que posture. L'hypothèse que le droit soit, en la matière, principalement le reflet de la société, elle-même demeurée attachée à la distinction entre les sexes, n'est pas d'école... Les réactions que suscite, en Belgique comme aux États-Unis, l'apparition de documents officiels plus neutres à l'égard du sexe semblent le confirmer: bien des hommes, bien des femmes, préféraient, semble-t-il, être père ou mère, plutôt que «parent 1» ou «parent 2»...[22] D'ailleurs, M. Borrillo avance que «l'identité sexuelle demeure la plus forte des identifications dans les sociétés occidentales». C'est dire qu'exiger du droit une totale neutralité en matière sexuelle pourrait s'analyser comme l'abandon d'un rôle (probablement réel mais) passif à l'égard des pratiques de la société au profit d'un rôle (à l'efficacité incertaine mais) actif. En d'autres termes, il serait demandé au droit moins de cesser d'assigner que d'œuvrer à désinscrire.

Or les évolutions majeures du droit des personnes et de la famille – et positives, pour qui est attaché à l'égalité des sexes – se sont principalement faites au nom de la nécessaire adéquation du droit aux mœurs et/ou du désengagement du droit en ces matières[23]. La proposition de M. Borrillo

20 De même, il n'est pas certain que la «déclaration formelle de renoncement à la paternité» envisagée par M. Borrillo soit compatible avec l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant – si du moins cette déclaration devait être un obstacle insurmontable à l'accès aux origines. V. toutefois, pour une proposition assez proche, J. Hauser, obs. sous TGI Angers, 26 avril 2010, *RTD civ.* 2010.540, p. 541.

21 D. Lochak, «Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques», *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, P. Noreau et L. Rolland (dir.), Les Éditions Thémis, 2008, p. 659 et s., p. 661.

22 V., en ce sens, l'intervention de Jean-Louis Renchon au séminaire franco-belge organisé à Lyon le 19 novembre 2010, *in* H. Fulchiron, P. Murat et J.-L. Renchon (dir.), *Filiation, origine, parenté, parentalité*, Larcier, à paraître. *Adde* le blog *Great America*: http://washington.blogs.liberation.fr/great_america/2011/01/m%C3%A8re-et-p%C3%A8re-perdent-leur-sexe.html. On y apprend que les nouveaux formulaires du Département d'État américain pour les demandes de passeport ont été modifiés à la demande des organisations de défense des droits des homosexuels. Il n'y est plus question de mère et de père mais de «Mère ou parent 1» et de «Père ou parent 2». On conçoit que les pères «traditionnels» n'apprécient semble-t-il pas tous d'être assimilés à un «parent 2» ...

23 Pour un exposé de la doctrine du désengagement, v. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2e éd., Defrénois, 1995, p. 119. Sur son actualité, v. M. Pichard, «Droit et morale en droit extrapatrimonial», *Droit*

implique de rompre avec cette méthode législative – rupture qui devrait connaître des répercussions tant en termes de technique juridique que de discours de légitimation de l'action politique.

Un droit qui impose moins favorise les accords de volontés. Or, si le droit n'a pas nécessairement à se construire en phase avec la société mais le cas échéant contre elle, il doit, pour être efficace, ne pas permettre aux parties de déroger à la solution nouvelle, sans quoi le risque serait important de voir la société (ses préjugés) reprendre la main[24]. La technique des producteurs de normes ne peut plus être la même.

Et le réformateur qui disqualifierait, au moins en partie, l'argument de l'adéquation du droit à la société, réhabiliterait, ce faisant, par ricochet, les autres arguments issus d'un impératif supérieur – au premier rang desquels ceux issus d'une morale dite traditionnelle. En posant que des valeurs imposeraient un décalage entre le droit et les pratiques ou convictions majoritaires, il œuvrerait à une *re*-moralisation du droit (ou à sa *re*-politisation). Il s'engagerait donc dans un débat sur des valeurs que, dans une certaine mesure, la «législation sociologique» avait entendu placer au second plan[25]. Le discours de légitimation des producteurs de normes ne peut plus être le même.

Bien sûr, une distinction majeure doit être relevée : à la différence de la morale traditionnelle, l'égalité est en elle-même une norme juridique, de sorte que tout discours égalitaire est susceptible de se prévaloir du soutien d'un principe juridique[26]. En s'y conformant, le producteur de norme ne ferait que réaliser un programme politique devenu exigence juridique. Il n'en demeure pas moins que le contenu dudit principe est particulièrement sujet à discussions. Surtout, la montée en puissance de l'égalité, d'abord comme fondement politique du système juridique, ensuite comme norme juridique – au demeurant à valeur supralégislative –, place les producteurs de normes dans une situation inconfortable. Le droit, en particulier lorsqu'il est conçu comme un système, est fondamentalement appelé à produire des catégories, et donc à distinguer c'est-à-dire à différencier. Il voit sa technique confrontée à son projet politique, ou du moins une partie de son projet politique : produire de l'égalité – c'est-à-dire travailler à la disparition de distinctions. Même si on peut soutenir qu'il ne s'agit pas d'une aporie, il y a là une tension – qui explique que les expressions d'avant-garde de l'argument d'égalité ne puissent pas toujours séduire les producteurs de règles de droit[27].

et Morale. Aspects contemporains, D. Bureau, Fr. Drummond et D. Fenouillet (dir.), Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2011, p. 137 et s.

24 La loi n° 2002-304 du 4 mars de 2002 *relative au nom de famille* (*JO* 5 mars 2002, p. 4159) avait été conçue dans une certaine indifférence aux faits – voire contre les faits... Mais le texte final ne permet pas d'imposer à la société une égalité dont elle ne voudrait peut-être pas : le choix du nom est abandonné, dans les hypothèses les plus courantes, à l'accord entre les parents ; à défaut d'accord, la primauté du patronyme a encore vocation à s'exprimer (v. l'art. 311-21, al. 1er, *in fine*, C. civ.).

25 La prise en considération des faits et de l'évolution des mentalités a, de l'aveu même de Carbonnier, été au cœur de sa méthode de préparation des réformes législatives. V. par exemple, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. «Forum», 1996, p. 197 : «les avant-projets traduisaient-ils les convictions personnelles du rédacteur, ou s'était-il mis mentalement en congé de citoyenneté, non pas de nationalité, pour préserver davantage son extériorité aux courants politiques ? De fait, il lui est arrivé de confier, sous un double, que son rôle s'était borné à transcrire dans des textes, le plus exactement possible, ce qui lui paraissait correspondre aux besoins et aux vœux de la nation (les vœux sont mieux que les désirs)».

26 Dont les expressions sont au demeurant fort nombreuses : v. en ce sens l'inventaire un peu répétitif dressé – sans succès – par le pourvoi dans l'arrêt Cass. 2e civ., 11 mars 2010, préc.

27 Rappr. M. Gobert, «L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970)», préc., n° 6 : «Il est vrai que ce qu'il est convenu d'appeler le droit supporte mal d'être d'avant-garde car, contrairement à l'art, l'adhésion du plus grand nombre lui est indispensable. Déjà, lorsqu'il n'est que d'actualité, il heurte encore ceux qui pensent qu'il doit être essentiellement inspiré de principes supérieurs immuables – il reste toujours à définir lesquels – sans que l'on ait à se préoccuper de la réalité sociologique, et aussi ceux qui, plus sereinement, refusent de voir la société évoluer».

Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel

En discussion de la conférence de D. Borrillo « Le sexe du sujet de droit »

Nathalie RUBEL*

J'ai beaucoup apprécié la conférence de Daniel Borrillo qui vient de nous servir une véritable histoire du droit civil en matière sexuelle, sur les trente dernières années. Il a su nous rappeler les faits juridiques, jusqu'aux plus récents comme cette première mention « *not-specified gender* » dans un acte de naissance australien de mars 2010, mais il a su aussi leur donner un sens et une portée, et non seulement historique mais politique.

Daniel Borrillo veut mettre en lumière une logique souvent inaperçue à l'œuvre dans le droit sexuel contemporain. En effet, on pourrait croire que le droit sexuel suit une pente libérale, ouvrant vers toujours plus de tolérance à l'égard de ceux qu'on peut appeler les altersexuels – intersexuels, transsexuels, homosexuels, queer *et al.*- avec la dépénalisation de l'homosexualité en 1982 et dix ans plus tard l'autorisation du premier changement de sexe civil pour citer deux exemples majeurs en droit français. Et c'est vrai. Mais il est vrai aussi que, ce faisant, l'institution est amenée à expliciter la norme sur laquelle elle se fonde. Elle y est contrainte d'abord, parce qu'elle est sollicitée, mais elle s'y autorise, aussi, pour rappeler à l'ordre sexuel une société qui prend peut-être trop de libertés. Elle joue un rôle normatif indéniable. En ce sens je partage complètement l'analyse critique qu'en fait Daniel Borrillo. Je dirais en d'autres termes que la *nomos agraphos*, la norme qui allait sans dire, a glissé ces dernières années vers une *anomos graphos*, une désignation explicite de l'anomalie, des comportements anomiques dont « on » ne veut pas. Car par la voix des juges et des procureurs, souvent plus audible que celle du Législateur, c'est un point important à souligner la « matrice hétérosexuelle » du mariage et de la filiation surplombe ce qui devrait être démocratiquement discuté. Cela a une conséquence discriminatoire: les homosexuels sont privés d'un certain nombre de droits quant au mariage et à la filiation. Quand l'institution prescrit, elle interdit. On peut dire qu'il y a encore une forme d'homophobie d'État.

Ce que montre en particulier Daniel Borrillo, et c'est justement l'objet sur lequel je me suis penchée dans ma thèse de philosophie, c'est que de plus en plus, l'institution

* Professeur de philosophie en lycée, rattachée au laboratoire STL UMR 8163 de Lille 3.

assume un modèle naturaliste et le présente comme une évidence. Contre toute la tradition humaniste, à nouveau la nature fait droit. Ou, pour parler plus exactement, le droit se réclame de la nature comme d'un fondement. Tout le monde affirme depuis toujours que femmes et hommes c'est évidemment et naturellement différent avec notamment cet argument censé être imparable: «Les femmes, ça fait les enfants». Mais le grand paradoxe, c'est qu'on martèle cette idéologie de la différence biologique des sexes et de la dualité sexuelle, alors qu'elle devrait exploser sous le coup d'usages de soi en tous genres, tant en matière d'image sociale que chacun donne de soi, les apparences et les postures, que de sexualité ou surtout de rôle. Et prenons au mot: qu'est-ce que «faire les enfants»? Accoucher, éventuellement allaiter, engage-t-il tout un destin? Heureusement que certains hommes font les enfants, et non simplement comme donneur biologique, mais surtout par leur engagement dans leur «élevage», leur éducation et leur joie de vivre. Et il y a tant de personnes désignées comme «femmes» qui ne peuvent pas ou ne veulent pas «faire des enfants».

Certaines et certains en adoptent parfois. Et je dis en passant que je partage complètement la proposition de généralisation de la filiation adoptive lancée en conclusion par Daniel Borrillo. Car précisément, elle permettrait aussi de sortir de la logique maternaliste de la reproduction humaine. Pères et mères seraient enfin parents, à égalité de représentation. Contrairement à toute une tendance du féminisme, je ne pense pas que les femmes gagnent à leur maternalisation, et je pense au contraire que les femmes ont tout intérêt à partager cette puissance et cette autorité qui consiste à «faire les enfants». Car quand on fonde la filiation sur l'adoption, on ne produit plus des mères, vouées au soin et au ménage, en opposition complémentaire aux pères, mais des *parents* qui devront négocier les partages, et pas nécessairement deux parents, et pas nécessairement deux de sexes dits complémentaires, mais 1, 2, 3, 4, 5... Du moins, on devrait pouvoir y réfléchir et en discuter.

Or je pense que la naturalisation s'accompagne d'une sacralisation. Nous sommes ici face à une projection religieuse de la nature, une forme de «religion des deux sexes». C'est la première idée que je voudrais un peu approfondir maintenant: la question de la laïcisation du droit sexuel et tout particulièrement de l'état civil. La seconde idée que je développerai portera sur l'avenir du mariage.

1. La laïcisation de l'état civil

Comme le rappelait Daniel Borrillo, «dès leur naissance, les enfants sont inscrits dans l'une ou l'autre des classes sexuelles» et il référait à l'article 57 du Code civil avec les mentions à l'acte de naissance et aussi à l'article 288 de l'*Instruction générale relative à l'état civil* qui précise que «lorsque le sexe du nouveau né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication de 'sexe indéterminé'». L'État veut n'avoir affaire qu'à des femmes et des hommes, exclusivement. Mais en effet, de quel droit l'État sexue-t-il les personnes? Car on ne peut que constater que le sexe est un élément déterminant de l'état des personnes; il est ce par quoi l'État nous identifie, et parfois en premier lieu avant même le nom, comme on le voit avec le numéro d'INSEE ou sur les formulaires de renouvellement de carte d'identité. Il est un facteur d'organisation social majeur tant horizontal, avec le mariage, que vertical, avec la filiation mère/père. De surcroît, dans notre culture, et dans notre langue tout particulièrement, la neutralité sexuelle est comme interdite: quand l'enfant naît, c'est «il» ou c'est «elle», et 96% des prénoms sont sexués. Il restera à faire habiter le monde en conséquence: partition des espaces, des tenues, des activités et des objets, en commençant par les jouets, dans une socialisation mimétique.

On peut répondre que l'État sexue en vertu d'un droit naturel au sens prémoderne puisque comme l'a rappelé Daniel Borrillo, on s'en tient à une reconnaissance du sexe par un examen *de visu* des organes génitaux externes par le médecin et en tout état de cause, dans les cas indécis d'intersexuation, par une enquête plus approfondie menée par une commission composée de spécialistes en biologie médicale (pédiatre, endocrinologue, chirurgien, généticien...). L'État délègue le premier acte de civilité au corps

médical et peut-être bientôt à des laboratoires privés d'analyse biologique. L'identité civile risque à terme de se limiter à l'identification biométrique. Le physique de la personne tient lieu de personne physique, peut-être tout particulièrement à une époque où l'État semble surtout soucieux de contrôler des corps (à la frontière, au travail...) plutôt que de former des hommes et des citoyens. J'y reviendrai.

Gail Rubin ou Judith Butler, peut-être en lointains successeurs de Kant et de la phénoménologie, ont démontré que le sexe était toujours déjà du genre (et peut-être n'y a-t-il pas de genre sans accroche physique, ce qui irait contre l'artificialisme des queers les plus radicaux). On peut alors se demander de quel genre est la nature du sexe. L'homme n'a pas affaire à la Nature, jamais. Il a affaire à des phénomènes dans une perception toujours relative et à laquelle il donne un sens. L'homme vit dans un monde, dans son monde. La question est donc de savoir quel sens cela a pour une société que certains appelleront postmoderne d'identifier les individus par un sexe dit naturel par l'institution.

Mon hypothèse est que l'on continue de croire en la Nature comme en un puissant principe d'ordonnancement. Cette partition sexuelle de l'humanité être soit femme / soit homme doit s'entendre comme une injonction pratique: «sois femme!» / «sois homme!», c'est-à-dire qu'elle sonne comme un dictat et un rappel à l'ordre. Cet usage de la différence, loin d'ouvrir des perspectives de diversité, nous enferme abusivement dans un clivage de genre, et finalement dans un système d'alliance intersexuelle qu'on peut appeler hétérosexiste. Il faut être hétérosexuel pour reformer le couple fondateur de l'humanité, le face à face originel d'Adam et Ève. Chacun sait alors ce qu'il a à faire pour reproduire le capital de la nation: avant tout reproduire, pour elle, ou produire, pour lui.

L'expression de «religion des deux sexes» n'est donc pas à entendre ici seulement dans le sens métaphorique d'une croyance un peu naïve qui méconnaîtrait la variété naturelle des sexes (car chacun d'entre nous a un sexe, le sien, même les intersexe). Mais une religion tisse le lien social autour d'obligations ritualisées et de vénération du sacré, et l'on peut considérer le mariage hétérosexuel, et ses succédanés culturels comme la Saint-Valentin ou Noël, comme ce qu'il y a de plus sacré pour l'État, et en effet le genre comme le principal opium des peuples, pour reprendre la formule de Goffman. Le mariage n'était-il pas selon l'expression de Saint-Jérôme reprise par Portalis «le plus saint des contrats»? C'est qu'au fond, même si dès la Révolution Française, juristes et hommes politiques ont pris en charge la laïcisation du droit concernant les rapports sociaux de sexe, et en particulier la modernisation et la laïcisation de l'état civil – et il faut citer au premier plan les projets de Code civil proposés par Cambacérès à partir de 1792 -, le droit civil n'a pas fait sa révolution. Au regard de leur tradition hiérarchique, les familles ont été maintenues dans l'Ancien régime et sont restées soumises à l'autorité religieuse. L'ordre familial était au fond régi par une Loi supérieure: la loi de la Nature créée par Dieu. Il faudra attendre la Troisième République et la loi Naquet de 1884 pour libéraliser le divorce et donc commencer à désacraliser le lien du mariage. Le divorce est la première loi vraiment laïque (et vraiment égalitaire) en matière civile. Le mariage, même acté par l'officier d'état civil, pouvait encore souffrir la comparaison avec le sacrement canonique mais le divorce confirme la volonté humaine: et notamment l'historicité et le caractère révisable des liens humains. Si l'on concède la relativisation du mariage et de la famille, pourquoi dès lors, en absolutiser le principe d'ordonnancement: le sexe?

Par conséquent, je pense comme Daniel Borrillo qu'il faut aller vers l'abolition de la mention sexuelle à l'état civil et je suggère que le principe de laïcité dont se réclame constitutionnellement l'État français est opératoire pour aller dans ce sens. L'état civil, et notamment le sexe d'État, est discutable, dans tous les sens du terme et l'on peut inviter le Législateur à laisser le sexe et ses usages aux choix relevant de la vie privée. On pourrait dire, en accentuant le paradoxe, que le sexe est une affaire de liberté de conscience. Cela éviterait à l'État de produire toutes sortes de crimes et délits qui ne disent pas leur nom: les muti-

lations sexuelles et les discriminations civiles que l'État, expert en bon genre, prescrit.

2. Réflexions sur l'avenir du mariage

La Conférence de Daniel Borrillo se conclut également par la proposition d'ouvrir le droit au mariage en l'«asexuant». Je partage tout à fait la critique de la discrimination civile qui consiste à interdire à une personne d'en épouser une autre du fait de son sexe. Comme l'avait dit lumineusement résumé Éric Fassin dans un article intitulé «Trouble dans le mariage» paru dans le journal *Libération* du 15 juin 2005, «La justice s'appuie tantôt sur la loi pour préserver la norme, comme à Bègles, tantôt sur la norme, fût-ce contre la loi, comme à Rueil. Elle invoque parfois le sexe et parfois le genre, sans autre logique que le conservatisme». Je pense également que le mariage interdit de Rueil-Malmaison de Camille Barré et Monica-Benito Leon sur lequel Daniel Borrillo revient d'une façon précise et très stimulante, est paradigmatique de la légèreté avec laquelle le pouvoir produit des citoyens de seconde zone. Le mariage, c'est «au sens où on l'entend» comme disait le Procureur de Bobigny.

Néanmoins, je me demande si le mariage hétérosexuel, qui organise comme on l'a vu la société civile, et semble être devenu le dernier sacré d'État, n'est pas hétérosexuel par essence. Déjà, Daniel Borrillo montre bien comment l'État met en place toute une série de stratégies pour le maintenir dans le giron de la tradition conservatrice, notamment par le déni ou par l'interdit. J'ai relevé plusieurs exemples de cette résistance au mariage non hétérosexué/hétérosexuel comme le déni de la sincérité de la volonté des uns ou la déclaration d'incapacité des autres. Le paroxysme est atteint avec le jugement assumé par la Cour d'appel de Bordeaux suite à l'affaire de Bègles stipulant que «la notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère», comme si l'État ne mariait jamais de couples inféconds et comme si lesdites notions sexuées étaient des concepts juridiques bien établis. Certes, le patriarcat est notoire, mais de là à en faire la pierre de touche du droit civil...

Je prolongerai en disant que la notion sexuée de père et mère est l'écho de la notion sexuée du citoyen et de la citoyenne. La République française s'est constituée sur le différentialisme inégalitaire, malgré l'universalisme proclamé. Le partage des fonctions a organisé la citoyenneté. C'est parce que les femmes ont été pensées en épouses et mères, avec toutes les fonctions que cela recouvre, qu'elles ont été exclues de la citoyenneté active. Aux unes l'espace privé, aux autres, les hommes, l'espace public. Et elles ont même été exclues de l'Homme: la Déclaration de 1789 n'était pas faite pour elles. Autrement dit, on aurait pu s'attendre à ce que l'avènement du contrat social républicain, par son double caractère conventionnel et égalitaire, institue tout à la fois l'égalité du contrat politique et l'égalité du contrat conjugal. Or c'est l'inverse qui s'est passé. Le contrat conjugal a été une pièce maîtresse du nouvel ordre social, et a explicité comme jamais les non-droits des femmes, dont l'ampleur est proprement effarante au début du XIX[e] siècle avec le tout nouveau Code civil. La république s'est construite contre la féminité et contre les femmes et donc sans citoyennes, malgré l'engagement précoce, courageux, souvent lucide, de nombre d'entre elles. Cela explique peut-être des formulations insistantes et ambiguës sur la femme comme celle qu'on peut lire sous la plume d'Olympe de Gouges dans le *Préambule* à sa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* de 1791 : «le sexe supérieur en beauté comme en courage, dans les souffrances maternelles».

Encore aujourd'hui, malgré les avancées du droit public (par exemple l'obtention du suffrage universel) et du droit privé (par exemple les conditions égalitaires dans le mariage), malgré l'égalité des sexes proclamée constitutionnellement depuis 1946, un concept d'égalité spécifique est utilisé pour les femmes: «l'égalité dans la différence». Cela conduit à imaginer des principes comme celui de la parité des scrutins de liste qui distribue sexuellement la société civile en deux corps: les hommes et les femmes. C'est

comme si une liste électorale non seulement faisait alterner les sexes mais faisait s'enchaîner les couples hétérosexuels. C'est l'image qui reste à l'affichage. On comble l'union avec les deux complémentaires.

Asexuer le mariage, c'est donc une perspective d'égalité en droits, mais pour moi difficile à concevoir. Car aurions-nous encore besoin du mariage si la société avait fait cette révolution la menant à penser l'institution comme asexuée ? S'il s'agit de lier horizontalement, on peut supposer qu'un tel mariage perdrait en « sacralité civile » et s'apparenterait rapidement à une sorte de PaCS, contrat qui semble suffire à organiser des unions garantissant des obligations conjointes et offrant à ce titre des avantages sociaux. Et dès lors pourquoi s'en tenir à uniquement deux partenaires si, pour penser l'union, on abandonne le mythe de la fusion androgyne ? Et surtout pourquoi changer l'état civil des personnes en fabriquant « des épouses et des pères » ? Et s'il s'agit de lier verticalement, l'hypothèse qui a été faite d'une filiation d'adoption me semble rendre caduque le recours au mariage car à chaque acte son consentement.

Je pense enfin que l'homosexualité continue d'être perçue non seulement comme une sexualité minoritaire, mais comme une menace profonde à l'union. L'homosexualité nourrit symboliquement l'angoisse de la génération manquée, l'angoisse d'une forme de stérilité familiale et nationale, l'angoisse morbide. D'où l'idée d'une homosexualité contre nature, profondément anomique. C'est pourquoi j'ai proposé l'expression de *partition de réenchantement* pour désigner ce retour, que l'on constate actuellement, à la religion des deux sexes, naturellement soldats ou mères, qui, par une douce mélodie du bonheur, donne une espérance d'avenir à des couples et des nations en crise.

Conclusion

Partant de la proposition de Daniel Borrillo d'asexuer l'état civil et le mariage, nous avons été amenés à réfléchir au fondement naturaliste du droit et à la sacralité qui l'entoure. Je pose donc au fond deux questions : ne peut-on pas recourir au principe de laïcité pour protéger la vie privée des intrusions abusives de l'État et en l'occurrence protéger les usages privés du sexe, le genre que l'on se donne, la sexualité que l'on adopte etc. ? Et par ailleurs, peut-on vraiment penser qu'un mariage non hétérosexuel serait encore un mariage ?