Selon le sage « *les mots ont le pouvoir de détruire ou de soigner. Lorsqu’ils sont justes et généreux, ils peuvent changer le monde* ».

La justice, telle est précisément l’ambition des mots du droit, qui ont ceci de particulier qu’ils ne servent pas seulement à décrire, mais à agir.

Selon un certain courant, la fonction essentielle du langage juridique serait d’établir des normes à suivre, à l’attention des individus et des juges.

C’est pourquoi, en matière de bioéthique, comme dans beaucoup d’autres domaines, le Droit consiste souvent à appliquer du mécanique sur du vivant.

Pourtant, la réflexion juridique peut aussi inclure une dimension critique sur les fonctions du droit, sur les conditions dans lesquelles les « données » du droit et les prémisses du raisonnement sont parfois susceptibles d’être faussées.

En d’autres termes, en droit comme ailleurs, la réalité est peut-être davantage que l’expérience immédiate que nous pouvons en avoir.

De ce point de vue, l’impact du concept de genre, bien que plus limité en France que dans d’autres pays, peut enrichir notre compréhension des normes juridiques.

L’objectif affiché de ce concept est, appliqué, au droit, de repenser la construction des sexes ainsi que les effets de distinction et de hiérarchisation qui l’accompagnent.

En substance, de renouveler la réflexion sur l’égalité.

Partant de l’idée selon laquelle c’est davantage le contexte social, politique et culturel qui façonne le sexe biologique que l’inverse, le concept de genre permet de la redéfinition du « sexe » depuis une notion strictement biologique (mâle/femelle) vers une notion socio-politique (masculin/féminin) : inégalités salariales, droits ou prérogatives sociales (ex : droit de vote, droit d’avoir un compte), pénalisation de pratiques sexuelles, maintien à l’écart de dispositifs matrimoniaux ou procréatifs sur le fondement de l’orientation sexuelle.

Ainsi le concept de genre, en cherchant à analyser la construction sociale de la distinction homme/femme, met en lumière une double assignation à un sexe biologique et à un sexe social.

En France, ce concept, a fait l’objet de vives polémiques, comme lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 2012 sur le harcèlement sexuel, la « *théorie du genre* » étant qualifiée de « *forme de révisionnisme anthropologique à proprement parler révolutionnaire* ».

La « Théorie du genre » entraînerait une indifférenciation des sexes, un renoncement à l’altérité et, au fond, une remise en cause du mariage, de la famille et de la maternité, fondés sur l’altérité sexuelle.

En substance, ces polémiques ont laissé voir un parallèle entre le genre et le droit, tous deux constituant un processus de différenciation, de catégorisation des individus, qui permet aux législateurs et aux juges, par l’opération de qualification de faire découler des conséquences juridiques de l’appartenance à telle ou telle catégorie.

Les polémiques nées en France, ont été plutôt surmontées sur le plan international, les différents instruments juridiques relatifs à l’égalité et à la lutte contre les discriminations élaborés par les organisations internationales et européennes se référant désormais à la notion de genre.

Sur le plan juridique, l’impact le plus spectaculaire réside probablement dans les réflexions sur la suppression d’une approche binaire de l’état civil.

Longtemps, les juges français n’ont accordé aucun rôle à la volonté individuelle et à l’environnement social dans la définition du sexe, refusant de faire droit aux demandes des transsexuels et de reconnaître juridiquement la modification du sexe de naissance en vue de correspondre au genre de l’individu.

Solution abandonnée en 1992 à la suite de la condamnation de la France par la CEDH.

En 2013, ne subsistaient que 2 conditions : diagnostic du transsexualisme et irréversibilité de la transformation de l’apparence physique (selon certains juges, l’irréversibilité devait s’entendre comme impliquant une stérilisation).

Nombreux sont ceux qui ont combattu contre la médicalisation de la procédure afin de ne pas pathologiser la transidentité alors que les troubles de l’identité de genre ont été retirés de la liste des affections psychiatriques par un décret de 2010.

Puis une loi de novembre 2016 a simplifié la procédure de changement de sexe à l’état civil, revenant sur l’irréversibilité comme sur la médicalisation et affirmant nettement le caractère construit de l’identité de genre.

Cette simplification, perçu comme certains comme un « nouveau désordre juridique », n’a cependant pas été jusqu’à écarter le passage à un juge, par simple déclaration devant l’officier d’état civil, comme le font les argentins depuis 2012.

Le choix de la procédure judiciaire, par préférence à la voie déclarative, comporte deux risques :

* Divergences d’interprétation d’un juge à l’autre
* Stéréotypes de genre : que signifie « se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué » ? Marcher, s’habiller, rire comme une femme ou comme un homme ?

Par ailleurs, et pour illustrer combien le droit joue un rôle dans le construction de la définition du sexe, il faut souligner que le Droit français maintient un dispositif d’assignation des individus à un sexe, tout en fondant cette bicatégorisation sexuée sur un ordre naturel.

Ainsi le Code civil (article 57) prévoit que l’acte de naissance énonce le sexe de l’enfant.

Problème : quels critères ? Pas de critère infaillible (200 cas par an)

* Examen morphologique ou phénotypique : insuffisant ‘les organes génitaux peuvent s’avérer non identifiables ou présenter des caractéristiques des deux sexes »
* Critère sexe génétique : chromosomes
* Critère hormonal

Ainsi, le droit français a tendance à refuser (euphémisme) les situations d’ambiguïté sexuelle

Circulaire relative à l’état civil prévoit la possibilité d’une indication « sexe indéterminé », mais cette faculté reste temporaire, la mention du sexe restant indispensable, avec le seul recours d’une action ultérieure en rectification d’état civil.

Des alternatives ont été proposées : « sexe neutre » (Australie, Nouvelle-Zélande, Inde, Népal) ; décision du Tribunal de Grande Instance de Tours en 2015

Refus de la Cour de cassation (4 mai 2017) / but légitime : la bicatégorisation est nécessaire à l’organisation sociale et juridique.

En tout état de cause, envisager 3 possibilités d’identités sexuels reste tout aussi restrictif que le système binaire actuel.

Une autre solution pourrait consister en la suppression de la mention du sexe sur l’état civil et les papiers d’identité (Allemagne : possibilité de ne pas renseigner le champ relatif au sexe).

Je rappellerai, et cela a fait l’objet de la précédente conférence de notre association, que le dispositif de l’assistance médicale à la procréation reste largement construit sur le modèle de la reproduction hétérosexuelle :

Cf L. 2141-2 code de la santé publique : « l’homme et la femme formant le couple ».

Sur un autre plan, il est vrai que l’ouverture du mariage et de l’adoption aux couples de personne de même sexe a remis en question l’évidence de la différence des sexes et la complémentarité naturelle entre les hommes et les femmes en vue de la procréation.

Mais des limites demeurent : par exemple : pas de présomption de maternité pour établir la filiation entre un enfant né au sein d’un couple marié composé de deux femmes

En résumé, la différence des sexes est encore perçue comme une donnée biologique et sociale, en quelque sorte une vérité que le droit ne ferait que constater objectivement.

Or l’intérêt du concept de genre est de mettre en évidence le caractère construit, ainsi que les dispositifs, les normes et les croyances qui naturalisent ce processus de différenciation et donc de repenser les catégories homme et femme comme contingentes, car issues des interprétations faites par les acteurs du pouvoir.

La question persiste : est-ce que le genre précède le sexe ou est-ce l’inverse ?

Conséquences sur le droit de la non-discrimination, certains individus ne correspondant pas à la norme sociale (intersexes, transgenre).

En résumé, le droit a tendance à rester à l’écart d’un mouvement qui paraît plus sensible dans d’autres champs de la réflexion.

Il est également possible de relever un danger : le terme tend à acquérir la fonction auto-explicative qu’avait autrefois l’expression « différence sexuelle », risquant ainsi de perdre une partie de son potentiel pour repenser le droit.

Quelques pensées « maçonniques », en hommage au lieu :

* Mise à distance de représentations qui nous paraissent évidentes
* L’assignation à une place est une tendance lourde, dont le paroxysme a été formalisé par Huxley dans le meilleur des mondes : chaque individu est programmé pour remplir une fonction sociale bien précise

Pourtant, comment ne pas rejoindre Sartre lorsqu’il écrivait :

*« je ne sais ni quel je suis, ni quelle est ma place dans le monde »* (Sartre).

* Subsiste une interrogation fondamentale :

Qu’est-ce qui compte le plus : ce que nous sommes ou ce que nous aspirons à être ?