

DROIT ET FÉMINISME : LES HÉSITATIONS DU PARLEMENT FRANÇAIS

27

À en croire les définitions, droit et féminisme sont intrinsèquement liés. Selon le Trésor de la langue française, le féminisme est un « mouvement social qui a pour objet l’émancipation de la femme, l’extension de ses droits en vue d’égaliser son statut avec celui de l’homme, en particulier dans le domaine juridique, politique, économique ». C’est ainsi souligner la place du droit dans ce mouvement d’idées majeur du xx^e siècle, faisant de l’engagement en faveur de l’égalité entre les femmes et les hommes un leitmotiv structurant de son discours. Pourtant, cette place centrale n’est pas dénuée d’ambivalence, la critique féministe voyant dans le système juridique moins un vecteur d’émancipation des femmes et de reconnaissance de leur autonomie qu’un ensemble de dispositifs consolidant les inégalités sociales et culturelles entre femmes et hommes. Entre bras du patriarcat et outil de transformation sociale, le droit est lu comme étant tout à la fois une contrainte et une ressource¹, ou encore une arme à double tranchant², pour les mouvements se réclamant de l’égalité entre femmes et hommes. Parallèlement, le regard critique porté par les mouvements féministes sur les dispositifs juridiques est loin d’être unanime : certains thèmes, à l’instar de la prostitution, du voile musulman, de la pornographie ou de la gestation pour autrui, génèrent de profonds clivages entre féministes. Ni homogène ni unanime, l’appel au droit est ainsi segmenté.

1. Laure Bereni, Alice Debauche et Emmanuelle Latour, « Entre contrainte et ressource : les mouvements féministes face au droit », *Nouvelles questions féministes*, vol. 29, n° 1, 2010, p. 6-15.

2. Louise Langevin, *Rapports sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2008, p. 9-14.

Cette ambivalence s'est encore renforcée, à partir des années 1980, avec le développement des études de genre dans différents champs des sciences sociales, notamment en histoire, en anthropologie, en philosophie ou en sociologie, mais la plupart du temps en marge du droit³. S'attachant à étudier les rapports sociaux de sexe et les enjeux de pouvoir qui les structurent, ces travaux ont souligné l'intérêt de la notion de genre pour comprendre, dans une perspective renouvelée, les inégalités entre les femmes et les hommes, en s'appuyant sur un concept qu'ils ont précisé. D'une manière générale, le genre renvoie à la fois à la notion de sexe social (au sens de la célèbre formule de Beauvoir « On ne naît pas femme, on le devient ») et aux procédés sociaux et culturels classant et sexuait les corps. Mais, si les études de genre sont d'une grande richesse et ont contribué à renouveler le logiciel intellectuel des mouvements féministes, elles sont relativement peu présentes dans les travaux des juristes français, et il a fallu attendre les années 2010 pour que, en France, des universitaires s'emparent de la catégorie du genre et en fassent un outil d'analyse juridique pertinent⁴.

Par contraste avec cette relative indifférence des féministes pour le droit et des juristes pour les études de genre, la multiplication des interventions législatives doit être soulignée : tout se donne à voir comme si, depuis la fin des années 1990, le Parlement français était devenu une enceinte dans laquelle les enjeux féministes sont désormais régulièrement débattus. Qu'on en juge : en 1998 est menée à bien la première révision de la Constitution ouvrant un mouvement législatif d'ampleur en faveur de la parité ; à partir de 2001, des lois se succèdent qui visent à reconnaître des droits en matière sexuelle et reproductive, à garantir un droit à la contraception et à la procréation médicalement assistée ou à instaurer une libéralisation de l'avortement ; dans le même temps, de nombreux dispositifs législatifs ont été adoptés qui prétendent assurer l'égalité professionnelle et salariale, faciliter la conciliation des temps de vie, ou encore lutter contre les violences sexuelles et sexistes. L'agenda féministe semble désormais central au Parlement... Pourtant, à y regarder de plus près, le doute point : « Il y aurait un abus de langage à passer de ce constat

3. Coline Cardi et Anne-Marie Devreux, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du genre*, n° 57, 2014, p. 5-18 ; Marie-Claire Belleau, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 1, 2001, p. 1.

4. Cf. les travaux menés par le programme Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe (RÉGINE), et notamment Stéphanie Hennette-Vauchez, Marc Pichard et Diane Roman (dir.), *La Loi et le Genre. Études critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014.

à celui d'une France conquise par le féminisme. L'instrumentalisation politique de la cause des femmes est un fait récurrent à partir des années 1970 ; quand le rapport de force est favorable aux féministes, les clivages se brouillent et quiconque se veut "moderne" doit en passer par cet étiquetage⁵. » Entre affichage politique et réforme d'ampleur, la transformation du droit français est certainement médiane : si la question de l'égalité entre les femmes et les hommes est désormais mise en avant dans l'enceinte parlementaire, la prise en compte du genre fait encore l'objet d'hésitations terminologiques et de tâtonnements opératoires.

AU PARLEMENT :
UN ENJEU DÉSORMAIS INTÉGRÉ PAR LE DROIT

À première vue, la reconnaissance de l'égalité entre les femmes et les hommes constitue une des évolutions les plus spectaculaires du droit français de la seconde moitié du ^{xx}e siècle : au fil de différentes réformes, celui-ci est en effet passé d'une inégalité construite par les normes à la proclamation d'une égalité formelle. Il y a encore quelques décennies, l'inégalité des sexes s'étendait aussi bien à la sphère publique, de laquelle les femmes étaient exclues, le suffrage universel étant resté masculin jusqu'à 1944, qu'à la sphère privée : la subordination de la femme mariée à son époux était attestée par différents mécanismes civils et pénaux affirmant un devoir d'obéissance y compris dans les rapports sexuels, et faisant de la femme une incapable civile. Malgré la proclamation constitutionnelle de l'égalité entre les femmes et les hommes par le préambule de la Constitution de 1946, dont l'alinéa 3 proclamait déjà que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », un certain nombre de ces dispositifs ont perduré, leur abrogation ayant été progressive et tardive⁶.

29

Toutefois, la généralisation du principe d'égalité entre les femmes et les hommes, corrélée à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, n'a pas abouti à surmonter les inégalités persistantes. Le constat, à la fin du ^{xx}e siècle, du maintien d'importants écarts en matière notamment d'accès aux mandats politiques ou d'égalité salariale a suscité la mobilisation de ce qu'on a pu appeler une nouvelle

5. Christine Bard et Marion Paoletti, « La France, féministe ou antiféministe ? », *Travail, genre et sociétés*, n° 32, 2014, p. 142.

6. Quelques dates l'attestent : 1965, suppression de l'autorisation maritale pour l'exercice d'une activité professionnelle par une femme mariée ; 1970, remplacement de l'autorité paternelle par l'autorité parentale ; 1983, suppression de la notion fiscale de chef de famille...

vague féministe, sous la pression de laquelle une double évolution a été amorcée : d'une part, un renforcement des dispositifs d'égalité formelle et, d'autre part, un glissement vers une conception plus substantielle de l'égalité.

L'égalité salariale, ou le consensus sur l'égalité formelle

La première proclamation législative du principe d'égalité salariale remonte, en France, à la loi du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Sur ce fondement s'est ajoutée une jurisprudence dense précisant le principe « à travail égal, salaire égal ». Mais les faits sont tenaces : en dépit de ces proclamations législatives, la différence de rémunération est toujours de 24 % toutes formes d'emplois confondues ; pour les emplois à temps plein, elle est encore de 18 % (le décalage s'expliquant par la proportion supérieure de femmes travaillant à temps partiel) ; enfin, à emploi et compétences égaux, la différence demeure de 9 %. En 2018, ces chiffres plaçaient la France au cent vingt-neuvième rang, sur cent quarante-quatre pays, en matière d'égalité salariale⁷.

La persistance de ces inégalités a suscité, en réaction, l'adoption de différents dispositifs législatifs. Aux anciens outils de négociation, tels que le rapport de situation comparée issu de la loi Roudy de 1983, ont été ajoutés des mécanismes plus contraignants : ainsi, la loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel fixe aux entreprises, quel que soit leur effectif, un objectif en matière de suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes, et impose à celles d'au moins cinquante salariés un dispositif de mesure des écarts de rémunération et, le cas échéant, de corrections des écarts constatés, à peine d'amende.

Fait notable, qui doit être souligné, la légitimité de ces dispositifs n'est guère contestée ; tout au plus la critique porte-t-elle sur leur insuffisante efficacité. Dans leur principe, ils font consensus et sont toujours présentés comme un moyen d'assurer l'effectivité de la loi. L'adresse de la ministre du Travail en témoigne : défendant en 2018 son projet de loi devant l'Assemblée nationale, Muriel Pénicaud pouvait ainsi affirmer qu'il s'agissait d'« un principe très important, à savoir le passage d'une obligation de moyens à une obligation de résultat quant à l'égalité salariale à travail de valeur égale, qui n'est pas respectée depuis

7. Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, n° 1019, juin 2018, p. 9.

quarante-cinq ans : c'est une des rares lois de la République qui, massivement, [ne sont] pas respectée[s]⁸ ». En d'autres termes, tout se donne à lire comme si le féminisme avait largement conquis l'arène parlementaire, et qu'un consensus s'établissait à la fois sur le constat regrettable du décalage entre la norme et la pratique sociale et sur la nécessité de mettre en place des outils permettant d'atténuer ce dernier, au nom des valeurs républicaines. Un tel constat ne se vérifie pas lorsque l'analyse se déporte vers un autre enjeu de l'égalité entre femmes et hommes : celui de l'égal accès aux mandats électifs et aux responsabilités sociales et professionnelles.

La parité, ou les débats sur l'égalité substantielle

« Un seul d'entre nous est-il défavorable à l'objectif de parité ? » interpellait en 2008 le député Jérôme Chartier, avant toutefois d'inviter l'Assemblée à rejeter un amendement au projet de loi constitutionnelle élargissant le dispositif constitutionnel en faveur de la parité⁹. L'affirmation d'un consensus sur la parité peut surprendre, pour qui se souvient de la vivacité des débats que de telles mesures avaient suscitées, dix ans plus tôt.

Il faut, là encore, faire un retour historique pour mesurer l'évolution politique. L'accession des femmes à la citoyenneté avait vu l'élection en 1945 de trente-trois femmes à la première Assemblée constituante. Elles représentaient alors 5,6 % du total des députés. En 1995, elles n'étaient toujours que 6,1 % à siéger au Palais-Bourbon. Un demi-siècle d'égalité éligibilité n'avait pas permis de briser le plafond de verre et d'assurer l'égal accès des femmes aux mandats politiques. Cet échec patent de l'égalité formelle a fait l'objet de critiques de plus en plus vives, qui ont pris la forme, dans les années 1990, de revendications en faveur de la parité : la parution en 1992 du livre de Françoise Gaspard, Claude Servan-Schreiber et Anne Le Gall *Au pouvoir, citoyennes ! Liberté, égalité, parité* ou la publication en 1993 dans *Le Monde* du « Manifeste des 577 pour une démocratie paritaire » constituent autant d'exemples de mobilisations politiques en faveur d'une transformation profonde des modes de scrutin pour instaurer une obligation de présentation de candidatures féminines, sous la forme de quotas par sexe¹⁰. Loin d'être

8. Assemblée nationale, séance du 11 juin 2018.

9. Assemblée nationale, troisième séance du 27 mai 2008.

10. Cf. Éléonore Lépinard, *L'Égalité introuvable*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, p. 185-245 ; Joan W. Scott, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005.

purement technique, cette transformation a provoqué un vif conflit de principes : aux partisans de la parité, présentée comme une forme de parachèvement de l'égalité en ce qu'elle permettrait une représentation juste de l'altérité sexuelle, se sont opposés les tenants d'un universalisme républicain, voyant dans la parité une dérogation à l'égalité. Encore faut-il rappeler que cette opposition se trouvait au sein des féministes mêmes¹¹. Entravé par l'opposition durable du Conseil constitutionnel, le principe de quotas par sexe a nécessité pas moins de deux révisions constitutionnelles, en 1998 et en 2008, pour être désormais admis, non seulement en matière de « mandats électoraux et fonctions électives » mais aussi en ce qui concerne les « responsabilités professionnelles et sociales ».

32 Désormais, outre les dispositions électorales imposant un nombre égal de candidatures masculines et féminines dans les scrutins de liste, une obligation pour les partis politiques d'investir autant de candidats que de candidates pour les scrutins uninominaux et l'invention de dispositifs originaux tels que le ticket paritaire aux élections départementales, un principe de « nominations équilibrées » prévaut dans de nombreux domaines : emplois supérieurs de la fonction publique, conseils d'administration des entreprises, etc. Même si l'effectivité de ces dispositifs est discutable¹², il semble qu'une « matrice paritaire » se soit déployée dans l'ordre juridique. À cet égard, les dispositifs ne sont désormais guère remis en cause et le temps de l'opposition frontale à la logique paritaire semble révolu.

Est-ce à dire que le féminisme a largement conquis l'espace public ? Ou encore que le Parlement est devenu « l'espace de la cause des femmes »¹³ ? Certes, l'argument de la cause des femmes est massivement utilisé – non sans ambiguïté, comme en témoigne sa centralité dans les débats sur la procréation médicalement assistée¹⁴ ou sur l'interdiction des signes

11. Cf. par exemple Évelyne Pisier, « Des impasses de la parité », in Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité. Rapport public 1996*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 385.

12. Pour une analyse de leur impact en matière de nomination aux emplois de direction, cf. Olivia Bui-Xuan, « Pour un "acte II" du dispositif de féminisation de la haute fonction publique », *Actualité juridique, fonctions publiques*, n° 3, 2019, p. 131-137; cf. aussi le « Quotas en tout genre » (dossier), *Travail, genre et sociétés*, n° 34, 2015, p. 151-198.

13. Laure Bereni, « Quand la mise à l'agenda ravive les mobilisations féministes. L'espace de la cause des femmes et la parité politique (1997-2000) », *Revue française de science politique*, vol. 59, n° 2, 2009, p. 301-323.

14. Isabelle Engeli, « La problématisation de la procréation médicalement assistée en France et en Suisse. Les aéas de la mobilisation féministe », *ibid.*, p. 203-219; Diane Roman, « L'État, les femmes et leur corps. La bioéthique, nouveau chantier du féminisme ? », *Esprit*, n° 398, 2013, p. 17-28.

religieux dans l'espace public¹⁵. Mais les enjeux semblent s'être déplacés sur un nouveau terrain : celui de la prise en compte du genre.

LE GENRE :

UNE RECONNAISSANCE JURIDIQUE EN DEMI-TEINTE

C'est en 1995 que la notion de « genre » apparaît dans la terminologie officielle des Nations unies, lors de l'adoption de la déclaration de Pékin et de son programme d'action – malgré la vive opposition du Vatican et de certains pays musulmans¹⁶. Depuis, les instruments internationaux se référant au « genre » se sont multipliés, notamment au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Non sans entraîner de vifs débats, la notion est dorénavant intégrée en droit français dans une double perspective, à la fois pour saisir les constructions sociales produisant des inégalités entre femmes et hommes, mais également pour reconnaître la notion d'identité de genre.

33

La remise en cause de l'assignation à des rôles sociaux sexués

En 2012, un comité interministériel des droits des femmes avait fait de la question de la lutte contre les stéréotypes de genre le sujet autour duquel devaient s'organiser les initiatives du gouvernement pour promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Prenant acte du fait que bon nombre de discriminations à l'encontre des femmes prennent leurs racines dans des représentations sociales et culturelles assignant celles-ci à des fonctions sociales différenciées et subalternes, le gouvernement de Jean-Marc Ayrault entendait alors promouvoir une politique d'égalité dite intégrée, et ce dans de nombreux domaines : violences sexuelles et domestiques, parité électorale et égalité professionnelle, droits sexuels et reproductifs, précarité économique et conciliation des temps de vie. Cette approche caractérisait la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, qui mettait en avant un changement de cadre conceptuel : il s'agissait de « poursuivre l'adoption de droits pour

15. Cf. en ce sens l'exposé des motifs de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, qui, outre l'argument de la sécurité publique, convoque celui de la dignité et de l'égalité entre les femmes et les hommes : « dans le cas du voile intégral, porté par les seules femmes, cette atteinte à la dignité de la personne va de pair avec la manifestation publique d'un refus ostensible de l'égalité entre les hommes et les femmes, dont elle est la traduction ».

16. Louise Langevin, « Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir : la difficile circulation du concept féministe de genre dans la langue juridique », *Canadian Journal of Women and the Law/Revue Femmes et droit*, vol. 28, n° 3, 2016, p. 469-520.

renforcer une égalité formelle, [d']adopter des mesures spécifiques correctives tant que persistent les inégalités sexistes et [de] prendre conscience lors de l'élaboration des politiques publiques de leurs impacts différenciés pour déconstruire les stéréotypes sexistes encore en présence¹⁷ ».

34 La démarche retenue par le législateur s'inscrivait nettement dans la perspective tracée par le droit international des droits de l'homme, insistant sur l'obligation de lutte contre les discriminations de genre, celui-ci étant entendu comme renvoyant « à l'identité, aux attributs et au rôle de la femme et de l'homme, tels qu'ils sont définis par la société, et à la signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques, ce qui engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes et se traduit par une répartition du pouvoir et des droits favorable aux hommes et désavantageux pour les femmes¹⁸ ». D'où l'accent mis sur la nécessité d'une transformation culturelle et sociale d'ampleur, vue comme un préalable indispensable à l'objectif d'égalité entre femmes et hommes.

Or l'adoption d'un tel cadre référentiel, qui souligne la nécessité de combattre les inégalités systémiques qui défavorisent les femmes, a suscité, en France, une vive hostilité d'une partie de la classe politique, s'appuyant sur des réseaux de la société civile mobilisés contre l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Le début des années 2010 a ainsi vu l'émergence de mouvements tels que la Manif pour tous, invoquant la menace que la « théorie du genre » ferait peser sur un « ordre naturel » qui gouvernerait les institutions sociales¹⁹. De façon significative, des parlementaires ont réclamé l'ouverture d'une commission d'enquête sur le sujet, voyant dans « l'introduction en France de la théorie du *gender*, dans son sens subversif de l'indifférenciation des sexes qui pourrait inspirer notre législation [...], une remise en cause du mariage, de la famille et de la maternité fondés sur l'altérité sexuelle²⁰ ». En 2013, l'examen de la

17. *Étude d'impact du projet de loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, juillet 2013, p. 13.

18. Recommandation générale n° 28 du Comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant les obligations fondamentales des États parties, découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 2010, CEDAW/C/GC/28, § 5.

19. David Paternotte, Sophie van der Dussen et Valérie Piette (dir.), *Habemus Gender! Déconstruction d'une riposte religieuse*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2015; Bruno Perreau, *Qui a peur de la théorie queer?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2018; Massimo Prearo et Sara Garbagnoli, *La Croisade « anti-genre »*. *Du Vatican aux manif: pour tous*, Paris, Textuel, 2017.

20. Assemblée nationale, *Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur l'introduction et la diffusion de la théorie du genre en France*, n° 482, décembre 2012.

loi de programmation pour l'école et la mise en place de programmes scolaires de sensibilisation aux inégalités entre femmes et hommes (les « ABCD de l'égalité ») ont suscité une bronca identique²¹.

Ce clivage politique explique peut-être la relative discrétion des travaux parlementaires qui ont suivi : à l'exception des débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 13 avril 2016 incriminant l'achat de services sexuels, débats qui ont mis l'accent sur la violence de genre intrinsèque au système prostitutionnel, l'appréhension par le Parlement des enjeux liés aux violences sexuelles ou aux violences conjugales ne se réfère plus explicitement aux stéréotypes de genre et aux violences que ces débats sont susceptibles de favoriser. Certes, la mobilisation contre les violences sexuelles, à la suite du mouvement #MeToo en 2018, ou celle contre les féminicides commis dans le cadre du couple en 2019, massivement investies par les mouvements féministes, ont permis de sortir ces violences de genre de l'ombre dans laquelle elles étaient perpétrées. Désormais reconnues comme des phénomènes sociaux, et non plus comme une accumulation de faits divers, elles ont suscité plusieurs interventions législatives. Mais, du vote de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes à celui de la loi du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille, les travaux parlementaires ont été conduits sans faire une place majeure aux enjeux de genre sur lesquels ces violences reposent, insistant davantage sur l'idée d'une accumulation intolérable d'actes individuels. La prise en compte explicite du concept de genre semble donc limitée à une parenthèse historique, très liée à la majorité politique de 2012-2017. Pour le reste, c'est à bas bruit et de façon limitée qu'elle a été consacrée, dans une perspective très particulière : celle de l'identité de genre.

35

Une reconnaissance limitée de la notion d'identité de genre

La notion d'identité de genre est dorénavant communément employée dans les documents internationaux²². Elle renvoie, selon la définition reprise par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à « l'expérience intime et personnelle profonde que chaque personne a de son genre, qu'elle corresponde ou non à son sexe de naissance, y compris

21. Fanny Gallot et Gaël Pasquier, « L'école à l'épreuve de la "théorie du genre" : les effets d'une polémique. Introduction », *Cahiers du genre*, n° 65, 2018, p. 5-16.

22. Cf. par exemple la convention du Conseil de l'Europe du 12 avril 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques, ainsi que la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011.

la conscience personnelle du corps et les différentes formes d'expression du genre, comme l'habillement, le discours et les manières²³ ».

L'introduction en droit français de la notion d'identité de genre est relativement récente. Expressément rejetée au Parlement en juillet 2012, lors des débats sur l'incrimination du harcèlement sexuel, elle suscite alors une vive hostilité, en raison de sa prétendue imprécision : alors que la rapporteure du projet de loi se déclarait favorable, « à titre personnel », à l'emploi du terme d'identité de genre, « plus conforme à nos engagements internationaux », les débats ont révélé une hostilité à l'égard du concept, fondée à la fois sur sa nouveauté en droit français et sa proximité avec une « théorie du genre » niant la différence des sexes, largement rejetée par l'opposition de droite, comme en témoigne cette intervention du député Philippe Gosselin : « Rappelons que cette théorie du genre est radicale : c'est une forme de révisionnisme anthropologique à proprement parler révolutionnaire, je n'hésite pas à le dire, sachant que mes propos susciteront le débat. À partir du moment où cette théorie repose sur des éléments sociologiques et philosophiques – que je veux bien comprendre –, voire plutôt politiques et militants, je m'étonne que l'on puisse l'introduire dans un texte de droit positif, sur un tel sujet qui cherche plutôt à nous rassembler. J'aimerais que mesdames les ministres puissent à nouveau nous rassurer sur le fait que l'identité sexuelle dont il est question dans le texte de ce soir n'a rien à voir avec cette théorie du genre que nous sommes nombreux à récuser sur les bancs de l'opposition²⁴. » L'expression « identité sexuelle » lui est alors préférée, non sans susciter un risque de confusion avec l'orientation sexuelle, qui désigne l'attirance émotionnelle et affective.

La notion apparaît enfin explicitement dans les lois du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. La position du gouvernement se veut alors sans ambiguïté : « C'est un mouvement de fond du droit qui est engagé sur ce sujet. J'en veux pour preuve que cette définition est déjà employée à l'échelon européen en matière de lutte contre les discriminations, qu'il s'agisse des directives de l'Union européenne ou des recommandations du Conseil de l'Europe. Elle est facteur de changement social. Je pense donc qu'il faut nommer les choses par leur nom pour les faire accepter²⁵. » Déférée au Conseil constitutionnel, la

23. *Droits de l'homme et identité de genre*, octobre 2009, p. 6.

24. Assemblée nationale, deuxième séance du 24 juillet 2012.

25. Intervention de Patrick Kanner, Sénat, séance du 14 octobre 2016.

disposition visant à incriminer les discriminations fondées sur l'identité de genre est validée : se référant à la fois aux différents textes internationaux qui emploient la notion et aux travaux parlementaires, le Conseil retient une définition fondée sur la volonté de la personne, « le législateur [ayant] entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin²⁶ ».

Mais, bien que la notion d'identité de genre soit désormais connue du droit français, sa portée est pour le moment circonscrite au droit à la non-discrimination et au droit pénal²⁷. Alors même qu'elle prend racine dans le renouvellement de l'appréhension du transsexualisme et de l'intersexuation, elle n'a été mobilisée ni par le législateur ni par le juge pour fonder la reconnaissance d'un droit à maîtriser son identité légale. Si la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle retient, pour ouvrir la procédure de changement de sexe à l'état civil, la discordance entre le sexe « légal » de la personne et celui « dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue » (art. 61-5 du code civil), aucune référence n'est expressément faite à une identité de genre revendiquée par la personne. Plus encore, s'agissant des personnes intersexuées, l'introduction de la notion d'identité de genre ne permet pas de remettre en cause la dualité des sexes à l'état civil. La Cour de cassation s'est ainsi opposée à la possibilité, pour une personne hermaphrodite ou intersexuée, de se voir reconnaître comme étant de sexe neutre. En effet, selon la Cour, « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur²⁸ ». La réponse des magistrats est explicite : la binarité des sexes serait à la fois un fait biologique incontestable et un fait social indispensable. En somme, devant le législateur comme devant les magistrats, si l'égalité entre femmes et hommes a intégré le socle des valeurs républicaines volontiers mises en avant, tout se passe désormais « comme si l'opposition à la remise en cause de l'« ordre naturel » fondé « naturellement »

26. Décision 745 DC du 26 janvier 2017, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, § 89.

27. Cf. notamment les articles 225-1 (discrimination) et 222-13 (violences aggravées) du code pénal.

28. Cass., 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

sur la différenciation des sexes [...] se déplaçait de la “parité” au “genre”, nouveau cheval de bataille d’une droite remobilisée à l’occasion des manifestations de “la famille pour tous”²⁹ ».

29. Victor Marneur et Frédéric Neyrat, « Du côté des électeurs : la banalisation du principe de parité », *Travail, genre et sociétés*, n° 34, 2015, p. 159.

R É S U M É

Sous la pression sociale et la mobilisation féministe, le Parlement français a adopté de nombreuses lois, depuis le milieu des années 1990, en vue de lutter contre la violence à l’égard des femmes, améliorer l’égalité professionnelle et combattre les discriminations. Peut-on pour autant considérer que le droit français a intégré les acquis du féminisme ? Entre affirmation de l’égalité femmes-hommes, adoption de dispositifs de parité et reconnaissance des enjeux de genre, les mesures adoptées posent question, tant au regard de leur effectivité que de leur ambition.