

QUELLE PLACE POUR UN « TROISIÈME SEXE » EN DROIT POSITIF ?

L'existence historique, anthropologique, culturelle et biologique d'une réalité sexuée en dehors de la dualité, voire de l'opposition, entre féminin et masculin, ne peut être niée. Que la confrontation entre cette réalité et son environnement social puisse placer les personnes et les communautés, qui s'en réclament, dans des situations marginalisées, voire susceptibles de créer des discriminations à leur égard, n'est pas non plus contestable. Or, un droit, qui promeut le respect d'autrui dans sa dignité, ne peut accepter que soient méconnus les droits de certains membres de la société en raison de la discordance existante entre la notion de sexe telle que légalement définie et ces situations vécues. L'idée d'un « troisième sexe » serait-elle alors la solution pour résoudre, ou du moins atténuer, les effets de cette discordance ?

Dans un arrêt du 10 mars 2015 (aff. Y.Y. c. Turquie, req. 14793/08, voir ci-dessous, p. 27), la Cour européenne des droits de l'homme, accomplissant un pas supplémentaire dans la protection des droits des personnes transsexuelles a affirmé que « la seule circonstance que (le requérant) n'était pas dans l'incapacité de procréer... n'apparaît aucunement nécessaire... pour justifier l'encadrement des opérations de changement de sexe et, s'agissant « des traitements médicaux qui lui auraient permis de satisfaire cette exigence..., en tout état d'ecause, la (Cour) considère que le respect dû à l'intégrité physique de l'intéressé s'opposerait à ce qu'il doive se soumettre à ce type de traitements ». Au vu de cette approche, l'identité de sexe d'une personne relève à la fois de considérations médicales et du respect de son intégrité physique et morale, tous éléments qu'il n'appartient pas au juge de déterminer mais d'en tirer les conséquences au regard notamment du respect de la vie privée des intéressés et de la marge de manœuvre dont le législateur national peut disposer en ce domaine. Le droit a-t-il cependant besoin d'être sexué pour participer à la construction du fait social ou cet aspect n'est-il que la conséquence du rôle social attribué à la notion de sexe ? Dans ce cas, comment le droit peut-il prendre en compte l'importance croissante de la part subjective de l'individu, y compris dans une dimension relationnelle multiple, sans susciter une nostalgie, voire une désespoirance, au regard du paradis perdu

de la nature humaine ? Comment éviter qu'il ne soit crispation sur des valeurs « fondamentales » et perde sa capacité à modeler les changements que nous voulons ignorer, mais qui sont pourtant la résultante de nos propres actions ? Plus prosaïquement, au-delà de cette interrogation qui confine aux domaines de l'anthropologie et de l'ontologie, la question que doit se poser au quotidien le juriste au vu des difficultés concrètes, auxquelles certaines personnes en recherche d'une reconnaissance sociale de leur identité font face, est la suivante : comment protéger la part subjective que chaque personne apporte à la définition de son identité, y inclus l'identité de sexe et de genre, sans pour autant porter atteinte à la sécurité juridique ? La tâche est difficile à plusieurs égards. Pour le droit, elle souligne que celui-ci partage avec la notion de genre la faculté de qualifier et d'établir des catégories « discriminantes » (au sens où elles établissent des régimes juridiques différents) et que, par conséquent, cette faculté de construction et de reconstruction du fait social le place dans une situation ambiguë. Il doit, pour la survie de la société, assurer la sécurité juridique, mais aussi prendre en compte la « fluidité » sociale. Vis-à-vis de la société, le droit apparaît ainsi comme un outil politique (au sens premier de *polis*, il est le droit de la Cité) et s'affirme comme l'instrument du « changement » ou de la « réaction » s'il se laisse envahir par les idéologies du moment et leurs batailles, qui créent la confusion.

Cette mission impose au droit, œuvre de clarté, une double vigilance d'application et de finalité afin que le processus qu'il constitue donne à nos sociétés la maturité suffisante pour se transformer autant que nécessaire. Mais, restons lucide sur ce que peut être le droit et admettons que « l'avantage des concepts ouvertement politisés, du point de vue même de la scientifcité, c'est donc qu'ils ne permettent pas de s'aveugler sur cette vérité. Le genre nous engage ainsi à ne pas occulter l'historicité des notions avec lesquelles nous travaillons ». ■

DROIT, SANTÉ,
ET SOCIÉTÉ
EST UNE SÉRIE
DU JOURNAL DE
MÉDECINE LÉGALE,
DROIT MÉDICAL

Christian BYK,
Rédacteur en chef

WHAT IS THE PLACE OF A “THIRD SEX” IN POSITIVE LAW?

The historic, anthropological, cultural and biological existence of a sexual reality other than the duality, even opposition, between feminine and masculine, cannot be denied. The fact that the confrontation between this reality and its social environment can place the persons and communities concerned in marginalised situations, that might even be likely to create discrimination against them, is also indisputable. However, a law which promotes the respect of others in their dignity cannot accept that the rights of certain members of society are neglected because of the discordance existing between the notion of sex as it is legally defined and these real-life situations. Would the idea of a “third sex” be the solution to resolve, or at least attenuate, the effects of this discordance?

In a judgement of 10 March 2015 (case Y.Y. v. Turkey, req. 14793/08, see below p. 27), the European Court of Human Rights, taking a further step in the protection of the rights of transsexual persons, asserted that “the sole circumstance that (the claimant) was not unable to procreate ... seems in no way necessary ... to justify the supervision of sex change operations and, as for “medical treatment which would have allowed him to satisfy this demand, in any case, the (Court) considers that the respect due to the physical integrity of the concerned party is opposed to his having to submit to this type of treatment”. In the light of this approach, the sexual identity of a person is related both to medical considerations and to respect for his physical and moral integrity which are all elements which it is not the judge’s business to determine but to draw the consequences with regard in particular to the respect of the privacy of the interested parties and the room

for manoeuvre that the national legislator may have in this area. However, does the law need to be gender-related to take part in the construction of a social fact or is this aspect only the consequence of the social role attributed to the notion of sex? In that case, how can the law take into account the increasing importance of the subjective part of the individual, includ-

ing in a multiple relational dimension, without giving rise to nostalgia, even despair, with regard to human nature’s paradise lost? How can we avoid a state of tension over “fundamental” values and a loss of the capacity to model changes that we want to ignore but which are yet the result of our own actions? More prosaically, beyond this question which is confined to the fields of anthropology and ontology, the question that the legal expert should ask himself everyday in the face of the concrete difficulties which certain people who are seeking a social acknowledgment of their identity have to face, is the following: how can we protect the subjective part that each person contributes to the definition of his/her identity, including identity of sex and gender, without at the same time harming legal security? The task is difficult for several reasons. For the law, it underlines the fact that the law shares with the notion of gender the ability to qualify and establish “discriminating” categories (in the sense that they establish different legal regimes) and that, consequently, this ability to construct and reconstruct the social fact places it in an ambiguous situation. For the survival of society, it has to ensure legal security but also take into account social “fluidity”. With regard to society, the law thus appears to be a political tool (in the original meaning of polis, it is the law of the City) and asserts itself as the instrument of “change” or “reaction” if it lets itself be invaded by the ideologies of the moment and their battles which create confusion.

This mission imposes on the law, work of clarity, a double vigilance of application and finality so that the process that it constitutes gives our societies a sufficient maturity to be transformed as much as necessary. But, we must remain lucid about what the law can be and admit that “the advantage of openly politicised concepts, from the very point of view of scientism, is that they do not allow us to be blind to this truth. Thus gender commits us to not obscuring the historicity of the notions with which we work”. ■