

Le genre en droit belge, quelle réforme législative pour inclure la non-binarité ? Analyse comparative des solutions retenues en droit étranger

Auteur : Séverin, Elisa

Promoteur(s) : Wautelet, Patrick

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/15566>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**Le genre en droit belge, quelle réforme législative pour
inclure la non-binarité ?
Analyse comparative des solutions retenues en droit
étranger**

Elisa SÉVERIN

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit privé
Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur Patrick WAUTELET
Professeur

RÉSUMÉ

Suite à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 19 juin 2019 déclarant le système actuel d'enregistrement et de changement de genre inconstitutionnel, le législateur a été chargé de rendre le système prévu par la loi du 25 juin 2017 inclusif aux personnes non-binaires et *genderfluid*. Ce travail porte sur l'étude des solutions apportées en droit étranger afin de dégager des pistes de réflexion concernant les possibilités de réforme en droit belge. Après une brève rétrospective sur la genèse de la loi du 25 juin 2017, nous avons examiné l'approche retenue en droit allemand, néerlandais et australien avant d'analyser la façon dont notre ordre juridique pourrait les implémenter.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 7 |
| I.- ÉTAT DES LIEUX DE LA SITUATION EN BELGIQUE | 9 |
| <u>A.</u> QUELQUES DÉFINITIONS | 9 |
| <u>B.</u> ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION | 12 |
| 1) <i>Origine historique</i> | 12 |
| 2) <i>Situation avant 2007</i> | 13 |
| 3) <i>Loi du 10 mai 2007</i> | 13 |
| 4) <i>Loi du 25 juin 2017</i> | 15 |
| <u>C.</u> L'ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 19 JUIN 2019..... | 17 |
| II.- SOLUTIONS EN DROIT ETRANGER | 20 |
| <u>A.</u> ALLEMAGNE..... | 20 |
| <u>B.</u> TASMANIE | 22 |
| <u>C.</u> PAYS-BAS..... | 25 |
| III.- TRANSPOSITION DE CES SOLUTIONS AU REGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE BELGE .. | 28 |
| <u>A.</u> OPTION 1 : INTRODUCTION D'UNE NOUVELLE CATÉGORIE D'ÉTAT CIVIL | 28 |
| <u>B.</u> OPTION 2 : SÉPARATION DE L'ENREGISTREMENT DU GENRE ET DU SEXE..... | 31 |
| <u>C.</u> OPTION 3 : SUPPRESSION DU SEXE JURIDIQUE..... | 33 |
| 1) <i>Projet de loi</i> | 33 |
| 2) <i>Proposition UGent</i> | 35 |
| IV.- CONCLUSION | 40 |
| BIBLIOGRAPHIE | 42 |

INTRODUCTION

Depuis quelques années, on peut observer une évolution dans les termes employés par le législateur lorsqu'il fait une distinction entre les hommes et les femmes. Alors que « sexe » a été pendant longtemps le terme utilisé par défaut, force est de constater que « genre » tend à le remplacer de manière de plus en plus systématique. Ainsi, là où auparavant le terme d'« égalité des sexes » était admis sans sourciller, on préférera se référer aujourd'hui à l'« égalité des genres ». Comment expliquer ce changement et qu'implique-t-il pour le droit ?

Cette distinction entre sexe et genre n'est pas récente. En effet, elle est devenue courante à partir des années 70 dans les mouvements féministes¹ qui désiraient pouvoir différencier le sexe biologique du rôle social de « femme ». Selon certains², cette séparation entre genre et sexe serait même déjà à retrouver dans le travail de Simone de Beauvoir avec sa célèbre phrase : « On ne naît pas femme : on le devient. »³

Elle a été introduite dans le débat public suite à l'avancée remarquable de la reconnaissance des droits des personnes LGBTQI+ et particulièrement en ce qui concerne les personnes transgenres. En effet, la théorie biologique qu'il n'existerait que deux sexes et genres, les hommes et les femmes, est de plus en plus remise en question sous l'influence des mouvements de déconstructions du genre.

En Belgique, avec la loi de 2017, le législateur a reconnu le droit à chacun de modifier son sexe juridique sur base de son identité de genre. La Belgique a dès lors rejoint le nombre restreint de pays reconnaissant le principe d'autodétermination dans la procédure de changement de sexe juridique.

Toutefois, dans un arrêt rendu le 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle a estimé que ce n'était pas suffisant et elle a déclaré qu'il était également nécessaire d'accorder une reconnaissance légale aux personnes non-binaires.

Toutes ces questions entourant le genre et le sexe continuent de faire débat alors que le gouvernement De Croo (gouvernement fédéral belge en place depuis le 1^{er} octobre 2020, toujours en activité à l'écriture de ces lignes) a annoncé sa volonté de remédier aux inconstitutionnalités présentes dans la procédure de changement de sexe juridique.

¹ Voy. notamment W. CANDACE et D. H. ZIMMERMAN, « Doing Gender », *Gender and Society*, vol. 1, n° 2, 1987, pp. 125–151.

² J. BUTLER, « Sex and Gender in Simone de Beauvoir's *Second Sex* », *Yale French Studies*, n° 72, pp. 35-49.

³ S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe, t. II : L'expérience vécue*, Editions Gallimard, p. 3.

À la lumière de ces récents développements, il nous paraît opportun d'étudier la façon dont la dichotomie entre le sexe et le genre est abordée dans les ordres juridiques étrangers afin de dégager des pistes de réflexion pouvant nous orienter sur la solution à privilégier en droit belge.

Ce travail sera divisé en trois grandes parties, nous commencerons par examiner la situation actuelle en droit belge ainsi que son évolution **(I)** avant de nous attarder sur une analyse des solutions retenues en droit étranger **(II)** notamment en Allemagne **(A)**, Tasmanie **(B)** et Pays-Bas **(C)**. Enfin, dans la troisième et dernière partie, nous nous livrerons à une analyse de trois hypothèses envisageables pour réformer le système d'enregistrement du sexe juridique **(III)** à savoir l'introduction d'une troisième nouvelle catégorie de sexe juridique **(A)**, le dédoublement des registres **(B)** et la suppression pure et simple du sexe comme élément de l'état civil **(C)**.

I.- ÉTAT DES LIEUX DE LA SITUATION EN BELGIQUE

Dans cette première partie, après une brève mais nécessaire introduction à la terminologie employée dans ce travail (A), nous retracerons l'évolution législative des textes entourant la question de l'identité de genre en Belgique (B) avant de nous pencher sur l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 19 juin 2019 et ses conséquences (C).

A.- QUELQUES DÉFINITIONS

Les notions telles que l'identité de genre, la non-binarité, la transidentité ou encore la fluidité de genre sont encore parfois mécomprises car peu connues du grand public. Ces termes développés pour la plupart dans les communautés LGBTQI+⁴ ont rarement une acception universelle et évoluent constamment⁵. Dès lors, il nous semble important de commencer par définir les différents termes et notions qui seront utilisés au long de notre exposé pour éviter toute confusion.

Sexe et identité de genre

Tout d'abord, il est important de comprendre la distinction entre sexe et genre qui n'est pas toujours évidente. En principe, le « sexe » désigne de façon biologique les organes génitaux externes d'une personne à sa naissance, alors que le terme « genre » ou « identité de genre » renvoie au genre auquel une personne s'identifie, au sens psychosocial indépendamment des caractéristiques biologiques.

Pour la majorité de la population, ces deux termes se recourent puisque leur ressenti psychique correspond à leurs attributs morphologiques, on désigne cette partie de la population par le terme « cisgenre ». On utilise le mot « cisonormativité » pour désigner le fait qu'on présume qu'un individu né avec des caractéristiques sexuelles masculines aura une identité de genre masculine et vice-versa.

Dans ce travail, nous essayerons autant que possible de faire la distinction entre les concepts de genre et sexe même si l'utilisation parfois interchangeable des termes par le législateur ne nous rend pas la tâche facile. Pour parler du sexe/genre tel qu'enregistré actuellement dans le Registre national, nous utiliserons comme terme « sexe juridique » même si nous

⁴ Les personnes lesbiennes, Gays, Bisexuelles, Transgenres, Intersexes et Queer. Le "+" fait référence au caractère ouvert de cette catégorisation, ce qui signifie que l'acronyme inclut également toutes les autres formes de sexualités socialement non-conformes, les variations de caractéristiques sexuelles et/ou les identités/expressions de genre.

⁵ E. MATSUNO et S. L. BUDGE, « Non-binary/Genderqueer Identities: a Critical Review of the Literature », *Current Sexual Health Reports*, vol. 9, n° 3, septembre 2017, pp. 116–120.

avons conscience que ce dernier peut actuellement représenter le sexe et/ou le genre des individus selon le cas.

Transidentité et transsexualité

Cependant, certaines personnes ressentent au contraire un décalage entre leur identité de genre et le sexe enregistré à la naissance, c'est ce qu'on appelle la « transidentité ».

Bien que la transidentité est aujourd'hui de plus en plus présente dans le débat public, il est essentiel de réaliser que les personnes transgenres ont toujours existées et que ce n'est donc pas une invention ou un phénomène récent⁶. Par le passé, le monde médical a utilisé le terme « transsexuel » pour désigner les personnes ayant recours à la chirurgie pour faire correspondre leur identité de genre avec leurs organes sexuels externes. Cependant, ce terme est aujourd'hui largement désavoué par la communauté transgenre qui dénonce l'origine purement médicale et la connotation péjorative associée⁷.

De plus, la transidentité est un terme générique qui regroupe beaucoup d'expériences de vie différentes ayant en commun la remise en cause de l'organisation binaire de notre société et ne s'arrête pas à la transition médicale comme but ultime. En effet, il y a aujourd'hui plein de différentes manières d'exprimer sa transidentité (hormones, opérations, changement d'apparence) et elles sont toutes valides.

Non-binarité et *genderfluid*

Si certaines personnes s'identifient au genre opposé à celui qui leur a été attribué à la naissance, d'autres revendiquent ne pas se reconnaître dans aucun des deux genres classiques. Ce refus d'adhérer à la conception dualiste du genre — homme ou femme — telle que nous la connaissons dans notre société est connu sous le nom de « non-binarité »⁸. En effet, l'idée essentialiste⁹ qu'il n'existerait que deux genres est de plus en plus remise en question au profit de la théorie du genre comme construction sociale¹⁰. La non-binarité est également un terme générique qui recouvre les identités de genre qui se situent en dehors du modèle de genre binaire : "*gender queer*", "*gender non-conforming*", "*agender*", "*bigender*"... Ces identités de genre ont en commun qu'elles se situent en dehors de la

⁶ G. HERDT, *Third Sex, Third Gender Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*., New York, Zone Books, 1996, pp. 285-487.

⁷ A. WOEFLE, « Vers une révision prochaine de la loi relative à la transsexualité ? », *Les @nalyses du CRISP en ligne*, disponible sur www.crisp.be, 30 juin 2015. ; A. ALESSANDRIN, « Comprendre les transidentités », Fondation Copernic (dir.), *Manuel indocile de sciences sociales. Pour des savoirs résistants*, Paris, La Découverte, 2019, p. 10.

⁸ B. VINCENT, *Non-Binary Genders: Navigating Communities, Identities, and Healthcare*, Bristol University Press, 2020, pp. 37-42.

⁹ L'essentialisme de genre est la croyance que les rôles et stéréotypes de genre sont le résultat naturel des différences biologiques ou neurologiques entre les hommes et les femmes.

¹⁰ J. BUTLER, *Trouble dans le genre, le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte, Paris, 2005, pp. 67 et 273. ; F. GEORGE, « Determining gender: a social construct? », *The Journal of the Health Visitors' Association Winter*, Feb 2015, vol. 88, n° 2, Sociology Database, p. 15.

norme de genre binaire, mais elles diffèrent parfois subtilement les unes des autres. Certaines personnes non binaires s'identifient également comme transgenres, d'autres non.

L'identité de genre a longtemps été vue comme une donnée fixe et permanente mais cela est désormais remis en cause par une vision plus fluide du genre comme existant sur un spectre et évoluant dans le temps. En effet, certaines personnes s'identifiant comme « *genderfluid* » ont une identité de genre susceptible de fluctuer dans le temps. Cela signifie qu'elles vont se sentir plus « homme » ou « femme » ou « aucun des deux » à différents moments de leur vie¹¹.

Dans le cadre de ce travail, nous utiliserons le terme de « personnes transgenres » au sens large pour désigner toutes les personnes dont le genre ne correspond pas, à un moment donné, au sexe enregistré à la naissance.

Intersexuation

Cette définition biologique du sexe permet de distinguer en général entre les caractéristiques sexuelles « féminines » et « masculines ». Cependant, certaines personnes naissent avec des caractéristiques sexuelles (telles que les chromosomes, les organes génitaux, ou bien encore la structure hormonale) ne correspondant pas entièrement aux catégories mâle ou femelle, ou appartenant aux deux en même temps¹². Nous utiliserons les termes « personnes intersexes » et « intersexuation » pour les personnes présentant de telles variations de caractéristiques sexuelles. Cette particularité morphologique est bien entendu complètement indépendante de l'identité de genre des personnes concernées. En effet, une personne intersexe en grandissant pourra très bien s'identifier comme un homme ou une femme ou comme non-binaire.

Orientation sexuelle et expression de genre¹³

Il est également nécessaire de réaliser que l'identité de genre n'est en rien liée avec la question de l'orientation sexuelle. Tout comme les personnes cisgenres, les personnes transgenres peuvent se définir comme hétérosexuelles, gay, lesbiennes, bisexuelles, pansexuelles, asexuelles...

Il ne faut également pas confondre l'identité de genre avec l'« expression de genre ». L'expression de genre renvoie aux différentes façons (attitudes, langage, vêtements, maquillage) dont les personnes expriment leur identité de genre et à la manière dont celle-ci est perçue par les autres. Elle peut être qualifiée de masculine, féminine, androgyne...

¹¹ GENRES PLURIELS, « Accueil, droits, santé, jeunesse, emploi, ... tous.tes bien informé.e.s », 4ème édition, 2019, p. 9., disponible sur <http://www.genrespluriels.be>

¹² M. BAUER, D. TRUFFER et D. CROCETTI, « Intersex human rights », *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n°. 6, 2020, p. 725.

¹³ GENRES PLURIELS, « Accueil, droits... », *op. cit.*, p. 9.

B.- ÉVOLUTION DE LA LÉGISLATION

Dans cette partie, nous commencerons par expliquer brièvement l'origine historique de la présence du sexe comme élément de l'état civil (1) avant de dépeindre la situation juridique des personnes transgenres avant l'intervention du législateur (2). Nous analyserons ensuite les avancées respectivement apportées par la loi du 10 mai 2007 (3) et la loi du 25 juin 2017 (4).

1) Origine historique

En Belgique, la tenue des registres de population est une pratique qui est introduite au XVIème siècle lors du Concile de Trente¹⁴. Ces registres tenus par l'Église permettaient de vérifier que les hommes n'évitent pas la guerre grâce à une identification plus efficace de la population¹⁵.

Après la Révolution française, ces registres sont devenus la responsabilité des autorités publiques et cette division de la population basée sur le sexe se retrouva également au cœur du Code Napoléon en 1804¹⁶. En effet, le sexe est repris par le Code Civil comme un élément essentiel de l'état civil des individus.

Ensuite, ces registres ont évolué dans les mains de l'État qui va les utiliser pour contrôler le service militaire et la perception des impôts. L'introduction du Registre national se fait dans les années 60 mais ne deviendra obligatoire qu'à partir des années 80¹⁷. À l'époque, personne n'a remis en doute le bien fondé d'utiliser le sexe comme principal élément d'identification¹⁸.

Aujourd'hui, bien qu'une certaine tendance de « déssexualisation »¹⁹ du droit ait pu être observé (notamment dans le domaine des droits et devoirs du mariage où les références au « mari » et à la « femme » ont cédé la place aux « époux »²⁰), le sexe reste néanmoins

¹⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *Rapport au sujet de l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, pp. 36-38., disponible sur <https://igvm-iefh.belgium.be>.

¹⁵ S. ARC, « Faut-il supprimer la mention 'sexe' de l'état-civil ? », *Le journal du CNRS*, 27 juin 2019, disponible sur <https://lejournald.cnrs.fr>

¹⁶ Pour une analyse plus détaillée voir S. AGUIRRE, C. CLOSON et I. RORIVE, « The Legal Certification of Sex in Belgium over Time. Ideological Effects and Practical Implications », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, pp. 159-192.

¹⁷ Loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

¹⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 37.

¹⁹ P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *Rev. dr. h.*, n°8, 2015, p. 3.

²⁰ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », obs. sous Cour const., arrêt n°99/2019, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2020, n°124, pp. 913-914.

omniprésent dans notre système juridique en tant que partie intégrante de l'état civil. On retrouve sa mention sur l'acte de naissance, la carte d'identité, le passeport et même dans le numéro de Registre national attribué à chaque citoyen. En effet, les trois numéros du deuxième groupe, après le premier groupe constituant la date de naissance inversée, formeront un nombre pair pour les femmes et impair pour les hommes.²¹.

2) Situation avant 2007

En Belgique, avant que le législateur n'intervienne en 2007, la situation juridique des personnes transgenres et des personnes intersexes est pour le moins précaire. En effet, le Code Civil continue de prévoir un enregistrement obligatoire du sexe dès la naissance sans possibilité de le modifier par la suite. Cependant, en dépit de cette invisibilité légale, des procédures de reconnaissance de changement de sexe juridique et de prénom sont déjà acceptées dans la pratique mais soumises à l'autorité du ministre de la Justice ou du juge. Les solutions retenues dans la jurisprudence s'avèrent toutefois peu satisfaisantes d'un point de vue juridique et mènent à une certaine insécurité juridique vu l'absence de texte sur la question²² ainsi qu'à des divergences entre le Nord et le Sud du pays²³.

3) Loi du 10 mai 2007

La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité²⁴ est dès lors adoptée par le législateur dans un souci de mettre fin à cette insécurité juridique et de déjudiciariser la procédure de modification de sexe pour rendre celle-ci plus accessible. Cette loi vient également en réponse à la jurisprudence Goodwin²⁵ rendue quelques années plus tôt par la Cour européenne des droits de l'homme obligeant les États à accorder une reconnaissance civile de la réassignation chirurgicale sexuelle.

La loi introduit la possibilité de modifier le sexe mentionné dans son acte de naissance via une déclaration d'avoir « la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé » devant l'officier d'état civil. Cette déclaration doit être accompagnée d'une

²¹ Arrêté royal du 3 avril 1984 relatif à la composition du numéro d'identification des personnes inscrites au Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

²² S. CAP, *op.cit.*, p. 71.

²³ P. MEIER et J. MOTMANS, «Trans laws and constitutional rulings in Belgium : the ambiguous relations between sex and gender », *Politics and governance*, vol. 8, no. 3, 2020, p. 243.

²⁴ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007.

²⁵ Cour eur. D. H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

déclaration d'un chirurgien et d'un psychiatre attestant de l'opération de réassignation sexuelle ainsi qu'une infertilité irréversible²⁶.

Cette loi est rapidement vivement critiquée par les associations défendant les droits des personnes transgenres qui dénoncent ne pas avoir été consultées.

Dans un premier temps, cette loi met en lumière une conception encore très définitive et absolue du genre qui se retrouve complètement confondue avec le sexe par le législateur. En effet, ce dernier se fonde sur une vision « classique » du sexe et du genre où la distinction binaire homme-femme est maître et seul le changement d'une catégorie rigide à une autre est envisageable²⁷.

Dans un deuxième temps, les conditions d'opérations et de stérilité définitive sont vues comme une violation des droits fondamentaux. En effet, divers instruments de droit international²⁸ dont les Principes de Jogjakarta²⁹ formulés en 2007 accordent au principe d'autodétermination une valeur fondamentale en énonçant le droit pour les individus d'avoir leur identité de genre légalement reconnue en dehors de toute condition médicale. De plus, ces exigences traduisent implicitement une vision de la transidentité comme le résultat inhérent d'une maladie psychiatrique ce qui est depuis considéré comme inexact³⁰.

Dans un troisième temps, il est reproché à cette loi de ne pas inclure le sort des personnes intersexes. En effet, ces dernières sont toujours soumises à l'incertitude juridique découlant des procédures judiciaires de rectification de leur acte de naissance.

En conclusion, cette première reconnaissance légale des personnes transgenres constitue une avancée qui clarifie leur statut juridique mais est loin de répondre aux demandes de la communauté concernée.

Avec cette loi, le législateur offre une vision très limitée et restrictive de la transidentité qu'il envisage comme une maladie psychiatrique exclusivement sous l'angle médical ce qui est à contrecourant des développements en droit supranational.

²⁶ S. CAP, *op.cit.*, pp. 75-76.

²⁷ A. WOELFLE, *op.cit.*, p. 5.

²⁸ Conseil de l'Europe, *Résolution 2048 Discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avril 2015. ; Assemblée générale des Nations unies A/HRC/22/53, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1er février 2013, p. 23.

²⁹ Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, consultables à l'adresse <https://yogyakartaprinciples.org>

³⁰ L'OMS a retiré la transidentité de sa liste des « maladies mentales » depuis 2018. [https://www.who.int/news/item/18-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](https://www.who.int/news/item/18-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11))

4) Loi du 25 juin 2017

Suite aux critiques acerbes essuyées par la loi de 2007, il était clair qu'une nouvelle intervention du législateur était nécessaire. Ce fut chose faite en 2017 avec la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe juridique dans les actes de l'état civil et ses effets³¹ (ci-après « loi transgenre »).

Le changement de mentalité est observable dès la lecture de l'intitulé de la loi puisque ce n'est plus le sexe mais bien le genre qui est placé au centre du débat.

Cette loi démontre un changement notable de paradigme puisqu'elle place l'autodétermination de l'individu comme principe fondateur et abandonne l'approche « pathologisante » retenue par la loi du 10 mai 2007. Les conditions tant décriées d'opération et d'infertilité sont abrogées et la modification du sexe civil peut se faire désormais sur base de la conviction intime de l'individu, indépendamment de tout diagnostic ou traitement médical. On assiste donc à la volonté de faire correspondre le sexe juridique non plus au sexe biologique mais bien à l'identité de genre vécue par la personne concernée.

Procédure

Les conditions actuelles à réunir sont doubles : la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, et ce depuis un certain temps³². La procédure s'effectue par deux déclarations de la personne concernée devant l'officier d'état civil avec un délai de 3 à 6 mois entre les deux. Le procureur du Roi peut rendre un avis négatif en cas de contrariété à l'ordre public et ainsi refuser le changement de sexe juridique. En cas d'avis positif, l'officier d'état civil dispose également d'une certaine marge d'appréciation et peut refuser de dresser l'acte. Ce pouvoir d'appréciation doit être compris comme étant très limité et s'appliquant uniquement à des cas « extrêmes et marginaux » selon les travaux parlementaires³³. Un recours devant le tribunal de la famille est prévu dans ce cas³⁴. La modification du sexe juridique est irrévocable en principe et ne peut dès lors être modifiée qu'une seule fois. Une procédure judiciaire d'exception existe cependant nécessitant l'accord du juge pour revenir à son sexe de naissance³⁵.

³¹ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe juridique dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

³² Art. 62bis, §3 C.C. tel qu'introduit par la loi du 25 juin 2017 (art. 3) se trouvant actuellement à l'article 135/1, § 1 et 3 de l'ancien Code Civil.

³³ Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, rapport, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, n°54-2404/004, p. 23.

³⁴ Art. 62bis, §8 C.C. tel qu'introduit par la loi du 25 juin 2017 (art. 3) se trouvant actuellement à l'article 135/1, §7 de l'ancien Code Civil.

³⁵ J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018/2, p. 243.

Pour la première fois, le législateur donne une place à une identité de genre indépendante des caractéristiques corporelles. Ce faisant, il répond aux attentes des nombreuses personnes s'identifiant comme transgenre mais pour qui la transition chirurgicale n'est pas possible ou souhaitable³⁶. Dès lors, il confirme qu'être une personne transgenre n'implique plus par définition une transition (médicale) d'un côté du spectre binaire à l'autre, mais toute combinaison possible de sexe et de genre.

Cependant, bien qu'elle constitue un grand pas en avant, la loi transgenre n'est pas exempte de toutes critiques.

Tout d'abord, si l'autodétermination semble être le principe fondateur de la loi transgenre, cela est difficilement conciliable avec le pouvoir d'appréciation laissé au procureur du Roi et à l'officier d'état civil. En effet, l'autodétermination implique le droit des individus de déterminer librement leur identité de genre sans intervention possible de l'État, ce qui n'est *de facto* pas le cas ici.

Ensuite, la loi transgenre peine à rompre avec la conception classique du genre. En effet, si la notion de genre se veut plus flexible, le choix de catégorie de sexe juridique reste limité entre féminin et masculin sans possibilité d'opter pour aucun des deux. Les personnes non-binaires sont dès lors invisibilisées et ne peuvent donc pas voir leur identité de genre reconnue légalement.

De plus, si l'amalgame entre sexe et genre est réduit, il demeure présent. En effet, le sexe juridique peut désormais représenter le sexe biologique, l'identité de genre ou bien les deux à la fois³⁷.

En outre, l'irrévocabilité du changement de sexe juridique traduit une vision inexorablement fixe du genre qui se heurte à une vision plus fluide des identités de genre. En effet, pour certaines personnes, leur genre n'est pas une notion stable mais elle évolue au fil du temps. La loi transgenre en rendant la modification irrévocable semble ne pas prendre en compte la réalité des personnes *genderfluid*.

Enfin, les personnes intersexes restent oubliées de cette loi. Bien que le législateur soit intervenu pour allonger le délai minimum pour déclarer le sexe d'un enfant né avec des caractéristiques sexuelles « ambigües »³⁸, aucune attention n'est portée à la situation particulière des personnes intersexes dans cette loi.

³⁶ N. GALLUS, E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018/12, n° 6724, p. 262.

³⁷ P. CANNOOT, «The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System:Lessons from the Belgian Gender Recognition Act», *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, E. Brems et al. (éd.), Intersentia, 2020, pp. 44-46.

³⁸ Art. 48 du Code Civil introduit par la loi du 15 mai 2007.

En conclusion, ce régime d'« autodétermination encadrée »³⁹ reste insatisfaisant pour les personnes dont l'identité de genre ne peut être catégorisée comme F ou M en raison d'une fluidité certaine ou du rejet pur et simple de ces catégories.

C.- L'ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 19 JUIN 2019

Dans cette partie, nous présenterons le raisonnement de la Cour après avoir exposé les arguments avancés par les requérantes.

Arguments avancés

Le régime instauré par la loi transgenre est donc considéré comme inadéquat par les personnes dont l'identité de genre fluctue dans le temps vu l'irrévocabilité mise en place et pour les personnes non-binaires puisqu'elles se voient obligées d'opter pour une des deux catégories. Un recours en annulation sur base de ces lacunes est introduit par trois associations — Çavaria, Maison Arc-en-Ciel et Genres Pluriels — devant la Cour constitutionnelle. Elles ont mis en avant deux problématiques présentes dans la loi.

Premièrement, elles soutiennent que l'absence de toute forme de reconnaissance des personnes ayant une identité de genre non binaire a violé le principe constitutionnel d'égalité inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution lus conjointement avec le droit au respect de la vie privée prévu par l'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la CEDH⁴⁰. Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine est également invoqué.

Deuxièmement, elles dénoncent une différence de traitement injustifié qui découle de la procédure judiciaire en cas de deuxième modification du sexe juridique. En effet, selon elles, les personnes *genderfluid* sont ainsi soumises à une procédure plus lourde et plus coûteuse que les personnes dont l'identité de genre est fixe.

Ce recours a engendré des sentiments mitigés que ce soit parmi la doctrine ou les militants LGBTQIA+. En effet, d'une part il est argumenté qu'il n'existe pas d'obligation positive internationale telle qu'assurant un droit à la reconnaissance des identités non binaire bien qu'une tendance dans ce sens soit observable⁴¹. D'autre part, il règne une certaine crainte

³⁹ Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 5.

⁴⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

⁴¹ P. CANNOOT, « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *T. Fam.*, 2020/1, p. 21.

que cette action ne desserve la cause des personnes non-binaires et *genderfluid* si elle aboutit en un arrêt réfutant les inconstitutionnalités alléguées⁴².

La décision

L'arrêt est rendu par la Cour constitutionnelle le 19 juin 2019 et se basant sur les arrêts *A.P., Garçon et Nicot c. France*⁴³ et *S.V. c. Italie*⁴⁴ de la Cour européenne des droits de l'homme, elle donne raison aux requérants en ce qui concerne la violation du droit au respect de la vie privée car cette dernière considère que le droit à l'autodétermination en fait partie intégrante.

Pour ce qui est du principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour analyse d'abord la question du silence de la loi pour les personnes non-binaires avant d'examiner l'éventuelle discrimination existant pour les personnes dont le genre est fluide.

En ce qui concerne les personnes dont le genre est non-binaire, la Cour a jugé qu'une lacune existe dans la loi résultant en une différence de traitement défavorable entre des catégories de personnes comparables⁴⁵. En effet, sous l'empire de la loi de 2017, les personnes transgenres dont l'identité de genre ne rentre pas dans une des deux catégories M ou F doivent supporter un sexe juridique différent de leur identité vécue contrairement aux personnes transgenres binaires qui peuvent bénéficier d'une reconnaissance légale de leur identité de genre. Selon la Cour, il n'y a pas de raison d'opérer une distinction entre les personnes ressentant un décalage entre leur sexe biologique et leur identité de genre selon le caractère binaire ou non de leur identité de genre⁴⁶. La Cour a donc conclu à une lacune du législateur violant le principe d'égalité et l'a exhorté à légiférer pour remédier à cette inconstitutionnalité. La Cour émet des propositions de réformes en ces termes : « Il y a (...) pour remédier à cette inconstitutionnalité, plusieurs possibilités, parmi lesquelles la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne »⁴⁷.

En ce qui concerne les personnes dont le genre est fluide, la Cour constate également une différence de traitement entre les personnes dont le genre est fixe et celle dont l'identité de genre varie dans le temps. En effet, la loi prévoit l'application du principe d'autodétermination mais prive les personnes *genderfluid* d'une reconnaissance légale de

⁴² G. VERSCHULDEN, « Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie? », *T.Fam.* 2018, pp. 66-68.

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, §92 à 95.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *S.V. c. Italie*, 11 octobre 2018, §57 et 58.

⁴⁵ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.6.3.

⁴⁶ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.6.1.

⁴⁷ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, .B.7.3.

leur identité en rendant le changement irrévocable. Les arguments avancés par l'État, à savoir la prévention de la fraude et la volonté de décourager les changements non sérieux, ont été balayés par la Cour. Cette dernière a estimé que le contrôle exercé par le procureur du Roi et le délai de réflexion obligatoire étaient suffisants comme garanties que la procédure ne soit pas utilisée abusivement⁴⁸. Quant à l'argument du principe de l'indisponibilité de l'état civil, la Cour a souligné que si ce dernier pouvait être tempéré pour les personnes transgenres « non fluides », il pouvait l'être a priori pour les personnes transgenres dont l'identité est « fluide »⁴⁹. La Cour conclut donc que l'irrévocabilité en ce qu'elle discrimine de manière défavorable les personnes *genderfluid* n'est pas raisonnablement justifiée⁵⁰.

Cette décision n'est pas passée inaperçue dans la doctrine et a rapidement fait l'objet de débats dans l'opinion publique.

Les réactions furent mitigées. D'un côté certains accueillent chaleureusement cet arrêt vu comme progressiste par ceux qui voient en la binarité des genres un concept daté⁵¹. De l'autre, d'autres sont épouvantés de voir le droit ainsi s'affranchir de ce qu'ils considèrent comme le réel⁵².

Dans la doctrine, la question divise ceux qui défendent le système tel qu'il existe actuellement⁵³, ceux qui sont partisans d'une suppression du genre comme élément de l'état civil⁵⁴ et ceux qui plaident pour l'introduction d'une troisième catégorie⁵⁵.

⁴⁸ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.8.4 et B.8.5.

⁴⁹ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.8.6.

⁵⁰ C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.8.2. ; G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 906.

⁵¹ P. CANNOOT, « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *T. fam.*, 2020, pp. 23-24.

⁵² J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 750.

⁵³ Voy. notamment J.-L. RENCHON, *ibidem*, pp. 731-750.

⁵⁴ Voy. notamment P. CANNOOT, « Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder? », n°02/12/2021, disponible sur Knack.be.

⁵⁵ Voy. notamment G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *op. cit.*, pp. 913-914.

II.- SOLUTIONS EN DROIT ÉTRANGER

Après cette première partie, il est clair que la réforme de la procédure d'enregistrement du sexe juridique n'est plus qu'une question de temps suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

Le législateur va devoir intervenir afin de mettre fin à la discrimination envers les personnes non-binaires et *genderfluid*.

Cependant, les voies possibles sont multiples et oscillent entre une flexibilisation du sexe juridique et son abolition pure et simple.

La Belgique n'est pas le premier État à devoir se pencher sur la question et il nous semble pertinent d'analyser les approches retenues dans le droit étranger. Il est évident qu'un inventaire exhaustif de tous les ordres juridiques proposant des solutions à ce problème dépasserait les limites de la présente contribution. Nous nous sommes donc limité à l'analyse de trois pays permettant de mesurer la diversité des options à disposition du législateur.

Dans cette deuxième partie, nous proposerons de faire un tour d'horizon des législations en vigueur sur le changement de sexe juridique en Allemagne (**A**), en Tasmanie (**B**) et aux Pays-Bas (**C**).

Nous prêterons particulièrement attention à la manière dont ces pays envisagent la distinction entre sexe et genre dans leur système juridique.

Notre attention sera particulièrement centrée sur la manière dont ces pays envisagent la distinction entre sexe et genre dans leur système juridique.

A.- ALLEMAGNE

En Allemagne⁵⁶, selon le « *Personenstandgesetz* »⁵⁷ le principe a longtemps été que toute personne devait être enregistrée dans le registre des naissances avec une mention de son sexe⁵⁸ basé sur le certificat de naissance. Depuis la loi du 7 mai 2013, il était néanmoins possible de ne pas faire mention du sexe sur l'acte de naissance des enfants intersexes⁵⁹.

Cependant, cette contrainte pour les personnes intersexes de ne pouvoir bénéficier que d'une reconnaissance « négative » de leur sexe a été jugée inconstitutionnelle par la Cour

⁵⁶ A. RAINER, « Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°34-2018, 2019, pp. 89-100.

⁵⁷ *Personenstandsgesetz* (PStG), 19 février 2007, Teil I BGBl. I, p. 122.

⁵⁸ Art. 21 (1)(3) *Personenstandsgesetz*.

⁵⁹ Art. 27(3)(4) *Personenstandsgesetz* ; Voy. N. ALTHOFF, "Gender Diversity in Law: the German Perspective", *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, p. 403.

constitutionnelle fédérale allemande⁶⁰. En effet, selon cette dernière, l'impossibilité de s'enregistrer par une qualification positive (sans laisser de case blanche) pour les personnes intersexes a violé le droit de la personnalité, garanti par la Loi fondamentale allemande. Dès lors, le législateur a été invité à reconnaître l'existence des personnes intersexes soit en créant une nouvelle catégorie au-delà du modèle du genre binaire soit en abolissant l'enregistrement du sexe.

Ce dernier a opté pour la première option en votant la loi du 13 décembre 2018⁶¹ qui introduit une troisième catégorie de sexe à l'état civil. Désormais, la catégorie « Divers » coexiste à côté de celle « homme » et « femme ».

La loi a été saluée comme une avancée pour les droits des personnes intersexes mais a également fait l'objet de nombreuses critiques⁶².

Tout d'abord, la communauté intersexe a critiqué le silence de la loi sur le dossier qu'ils considèrent comme prioritaire à savoir les opérations chirurgicales non nécessaires et non consenties sur les mineurs intersexes⁶³.

Ensuite, on a reproché à la loi le retour en arrière à une approche « pathologisante » puisqu'il faut disposer d'un diagnostic médical d'intersexuation pour pouvoir bénéficier de la nouvelle mention de genre⁶⁴. Ce critère médical va à l'encontre du principe d'autodétermination, tel que mis en avant de nos jours par les différents textes internationaux.

Enfin, la définition très restrictive de la non-binarité comme s'appliquant uniquement aux personnes intersexes a été dénoncée par les associations et certains académiques⁶⁵. En effet, la loi semble restreindre l'identité non binaire aux personnes intersexes, alors que la décision avait le potentiel de s'appliquer à tout individu⁶⁶. Cette vision a été confirmée par une circulaire du ministre de l'Intérieur dans laquelle il est explicitement précisé que les personnes transgenres ne sont pas couvertes par le champ d'application de la loi⁶⁷. Or, il n'y

⁶⁰ Bundesverfassungsgericht, arrêt du 10 octobre 2017, n° 1-BvR-2019/16.

⁶¹ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher, 7 mai 2013, BGBl. Teil I, p. 1122.

⁶² Voy. M. BRUNS, « Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben », *StAZ*, pp. 97–101. ; S.L. GÖSSL, « Das dritte Geschlecht – Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive », *Forum Familienrecht*, 2019, pp. 298–305.

⁶³ P. DUNNE et J. MULDER, « Beyond the Binary: Towards a 'Third' Sex Category in Germany? », *German Law Journal*, vol. 19, n°3, p. 640.

⁶⁴ G. BAARS, « New German Intersex Law: Third Gender but not as we want it », *VerfBlog*, 24 août 2018, disponible sur <https://verfassungsblog.de>.

⁶⁵ A.MANGOLD, M. MARKWALD et C.RÖHNER, *Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz*. 2. Dezember 2019. ; P. CANNOT et M. DECOSTER, « The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, vol. 1 n°1., 2020, pp. 26-55.

⁶⁶ Pour en savoir plus sur cette ambiguïté voir P. DUNNE et J. MULDER, *op. cit.*, pp. 641-643.

⁶⁷ T. A. RICHARZ et A. SANDERS, « Trans Rights in Germany », *Trans Rights and Wrongs: A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, I. C. Jaramillo et L. Carlson (dir.), Springer, 2021, p. 298.

a pas de lien de corrélation directe entre avoir des caractéristiques sexuelles intersexes et l'identité de genre non-binaire. Certaines personnes intersexes n'ont pas de mal à se reconnaître dans les catégories homme ou femme alors que certaines personnes nées avec un sexe biologique déterminé ne se sentent pas à leur place dans ce modèle binaire. Cette loi a été dénoncée comme introduisant une différence de traitement injustifiée entre les personnes non-binaires intersexes qui pourront se prévaloir d'un marqueur de sexe « X » et les autres personnes non-binaires qui sont obligées de faire un choix entre F et M.

Une nouvelle action a été introduite devant la Cour constitutionnelle par l'association Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF)⁶⁸ en juin 2020 dont le verdict reste attendu.

B.- TASMANIE

L'Australie étant un État fédéral, la question du genre est réglée par des textes différents suivant les niveaux de pouvoir. En effet, l'autorité fédérale (« Commonwealth ») reste compétente pour la délivrance des passeports et la détermination du genre sur ces derniers alors que les registres de naissance sont du ressort des États et territoires fédérés⁶⁹. Le sexe mentionné sur le certificat de naissance ne coïncide donc pas nécessairement avec celui indiqué sur le passeport⁷⁰.

En ce qui concerne la législation sur les passeports, les personnes intersexes ou non-binaires ont la possibilité de demander le marqueur de sexe « X » depuis 2011⁷¹. Cette procédure est distincte et indépendante de celle concernant le changement de sexe civil existant au niveau des États. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire de modifier le sexe mentionné dans son certificat de naissance pour avoir accès à ce statut sur son passeport. La demande requiert néanmoins une attestation d'un médecin constatant l'identification de la personne à une identité de genre indéterminée⁷².

La *High Court* australienne a également admis dans un célèbre arrêt *Norrie*⁷³, la possibilité d'enregistrer un sexe juridique neutre (« *non-specific* ») dans les registres officiels.

⁶⁸GESELLSCHAFT FÜR FREIHEITSRECHTE, «Presseerklärung: „Dritte Option“ erneut vor dem Bundesverfassungsgericht», 16 juin 2020, disponible sur <https://freiheitsrechte.org/>

⁶⁹ Australian Constitution, section 51 et section 109.

⁷⁰ C. FENTON-GLYNN, « The legal status of intersex persons in Australia », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 243. ; UNIVERSITY OF TASMANIA, research division, « Why Tasmania's new gender identity laws are warranted », 2020, disponible sur <https://www.utas.edu.au/>

⁷¹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p.17. ; C. FENTON-GLYNN, *op. cit.*, p. 251.

Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, disponible sur <https://www.ag.gov.au>

⁷² C. FENTON-GLYNN, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁷³ High Court of Australia, *NSW, Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, 2 avril 2014, n° S273/2013.

Au niveau des États, les différentes législations sont loin d'être homogènes et nous nous limiterons à étudier le cas de l'État de la Tasmanie puisqu'il se distingue par sa législation novatrice.

En Tasmanie, l'enregistrement des naissances et l'établissement des certificats de naissance ont été longtemps régis par le « Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999 » (ci-après « BDM Act »). Dans cet État historiquement conservateur⁷⁴, une modification de la loi était nécessaire pour être en conformité avec le mariage pour tous tel que décidé par référendum en 2017 au niveau fédéral⁷⁵. Le législateur en a profité pour réformer en profondeur la manière dont le sexe et le genre sont envisagés en Tasmanie en adoptant en 2019 la « Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act » (ci-après « JRL ») qui modifie les dispositions du BDM Act.

Les innovations de cette loi sont multiples.

Tout d'abord, la procédure de changement de sexe civil a subi une transformation radicale. Alors que jusqu'en 2014, il n'était possible de changer de sexe qu'à la condition de ne pas être marié et d'avoir subi une opération de réassignation sexuelle, la réforme de 2019 a rompu avec cette vision datée de la transidentité en érigeant le principe d'autodétermination comme pierre angulaire de la nouvelle loi. La volonté du législateur est de pouvoir identifier les citoyens non plus sur base de leur sexe biologique mais bien sur base de leur identité de genre ressentie⁷⁶. C'est pourquoi la terminologie a été adaptée en ce sens et la loi parle désormais de procédure d'enregistrement du genre⁷⁷.

Il est important de préciser que la mention du sexe biologique — F ou M⁷⁸ — continue à être obligatoire lors de l'enregistrement de la naissance⁷⁹. Il n'existe d'ailleurs pas de troisième catégorie pour les enfants nés avec des caractéristiques sexuelles ambiguës⁸⁰ mais les parents bénéficient d'un allongement du délai obligatoire⁸¹.

⁷⁴ Les relations homosexuelles ont fait l'objet d'une décriminalisation en 1997 seulement.

Voy. M. DELANEY, « How Tasmania is going from worse to best on transgender human rights », *The Guardian*, 2019, disponible sur <https://www.theguardian.com/international>.

⁷⁵ Marriage Amendment (Definitions and Religious Freedom) Act 2017 (Cth)

⁷⁶ TASMANIA LAW REFORM INSTITUTE, « Legal Recognition of Sex and Gender », juin 2020, p. 26., disponible sur <https://www.utas.edu.au/>.

⁷⁷ Nous utiliserons dès lors cette terminologie même si elle correspond dans les faits au changement de « sexe juridique ».

⁷⁸ BDM Act s 16

⁷⁹ P. PARKINSON, « Sex, Gender and Birth Certificates », 15 octobre 2020, pp. 5-8., disponible sur <https://ssrn.com>

⁸⁰ C'est le cas dans d'autres États et territoires de l'Australie comme le *South Australia* et le *Northern Territory* qui accepte la mention « unspecified » comme sexe juridique.

⁸¹ BDM Act s 15(1)(b)

Les deux grandes innovations résident dans l'abolition de la mention du sexe dans les certificats de naissance et la nouvelle procédure d'enregistrement du genre.

Premièrement, la loi introduit un système « *opt-in* »⁸² où le sexe n'est en principe pas repris sur l'acte de naissance sauf demande contraire. Les certificats de naissance sont désormais par défaut dénué de la mention du sexe de l'enfant sauf si les parents en font la demande expresse. Le choix est alors de nouveau limité entre les options F et M⁸³.

Deuxièmement, ce « *registered sex* » facultatif est susceptible d'être remplacé par une mention exprimant le genre de la personne concernée si cette dernière effectue une procédure d'enregistrement de genre.

En effet, toute personne âgée d'au moins 16 ans peut désormais demander l'enregistrement de leur identité de genre via une simple déclaration de genre⁸⁴ faite par l'intéressé. Le genre ainsi enregistré peut être homme, femme, indéterminé, non-binaire ou même « un mot ou une phrase utilisé pour indiquer la perception qu'une personne a d'elle-même comme étant ni entièrement masculin ni entièrement féminin »⁸⁵. Pour les cas concernant les mineurs entre 16 et 18 ans, les autorités peuvent exiger la preuve que le mineur a bénéficié d'un accompagnement psychologique concernant les conséquences d'un changement de genre⁸⁶.

Une fois l'identité de genre enregistrée, cette dernière remplacera alors le sexe biologique s'il est mentionné sur l'acte de naissance. Aux yeux de la loi, la personne sera considérée sur base de ce nouveau genre et tout sexe ou genre précédemment enregistré cessera de s'appliquer⁸⁷.

Réception

Cette loi fut également l'objet de vives critiques lors de son adoption, des craintes de dérives et d'utilisation frauduleuse se sont rapidement fait entendre⁸⁸.

Nous allons nous pencher sur les principales critiques énoncées ainsi que sur les réponses apportées par la Tasmanian Law Reform Institute (TLRI) dans le cadre de son rapport⁸⁹.

Tout d'abord, l'argument a été avancé que la procédure pourrait mener à des abus et des comportements frauduleux. En effet, beaucoup d'associations défendant le droit des femmes ont dénoncé le scénario d'un homme prédateur utilisant la procédure de

⁸² Il se distingue ainsi d'un système *opt-out* où le sexe serait mentionné par défaut avec la possibilité de ne pas le mentionner si demande en est faite.

⁸³ BDM Act s 16

⁸⁴ BDM Act s 28A(2)

⁸⁵ BDM Act s 3A(1)

⁸⁶ BDM Act s 28C

⁸⁷ BDM Act s 28D (1)

⁸⁸ P. PARKINSON, «Sex, Gender and Birth Certificates», 15 octobre 2020, disponible sur <https://ssrn.com>.

⁸⁹ TASMANIA LAW REFORM INSTITUTE, « Legal Recognition of Sex and Gender », juin 2020, disponible sur <https://www.utas.edu.au/>.

changement de genre dans l'unique but d'avoir accès plus facilement à des espaces auparavant réservés aux femmes⁹⁰. La TLRI a analysé ces craintes et a conclu que les mesures mises en place dans la loi étaient suffisantes pour éviter les comportements frauduleux. En effet, la loi prévoit qu'une nouvelle demande en changement de genre ne peut se faire qu'à 12 mois d'intervalle⁹¹ et le *Registrar*⁹² dispose d'un pouvoir général d'appréciation pour juger de la légitimité des demandes. Selon la TLRI, les craintes de la création d'un environnement dangereux pour les femmes ne sont pas fondées et aucune évidence n'existe qui soutiendrait que le principe d'autodétermination serait lié à une augmentation de la violence envers les femmes par des personnes transgenres⁹³. La TLRI souligne également que de nombreux clubs sportifs, services et programmes gouvernementaux réservés aux femmes ont déjà adopté des politiques d'inclusion et de sécurité pour garantir la sérénité de leurs membres.

Ensuite, certains ont exprimé la crainte que la procédure soit utilisée afin d'échapper à des poursuites judiciaires. Selon la TLRI, bien que les genres antérieurs disparaissent des actes de naissance, ils restent tout de même archivés dans un dossier distinct⁹⁴. Cela permet donc aux autorités de disposer de tous les renseignements nécessaires concernant les personnes ayant changé de genre.

Les formulaires fournis par l'officier d'état civil (voir l'annexe 4) informent clairement le demandeur qu'il n'est pas tenu d'inclure des informations sur le sexe sur le certificat. Cependant, d'après les données enregistrées depuis l'entrée en vigueur des nouvelles lois le 5 septembre 2019, la plupart des personnes choisissent d'indiquer leur sexe sur le certificat de naissance⁹⁵

C.- PAYS-BAS

Aux Pays-Bas, le sexe de l'enfant est une mention obligatoire sur l'acte de naissance qui est ensuite reprise dans le registre des personnes (« Basisregistratie Personen (*BRP*) »)⁹⁶. Le système est également basé sur une conception binaire du sexe puisque les marqueurs existants sont soit F ou M. Cependant, depuis le milieu des années 1990, il est également possible pour les enfants intersexes dont le sexe est incertain à la naissance d'indiquer sur le certificat de naissance que le sexe est indéterminé. Après l'écoulement d'un délai de 3 mois,

⁹⁰ EQUALITY AUSTRALIA, «Submission to TLRI: Legal Recognition of Sex and Gender», *Issues Paper 29*, 2019, p. 9.

⁹¹ BDM Act s 28D (7)

⁹² Equivalent de notre officier d'état civil.

⁹³ TASMANIA LAW REFORM INSTITUTE, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁴ BDM Act, s 50

⁹⁵ TASMANIA LAW REFORM INSTITUTE, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁶ Articles 1:19d et 1:22 Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW).

le sexe est alors modifié en M ou F sur le certificat de naissance permanent mais il est également possible de maintenir définitivement cette mention neutre⁹⁷. Dès lors, il est théoriquement tout à fait possible d'avoir durant sa vie entière un sexe « indéterminé ». Le caractère « X » sera automatiquement attribué à ces personnes sur leur passeport international⁹⁸.

Les personnes intersexes peuvent également choisir de modifier leur sexe civil pour correspondre à une des catégories binaires plus tard dans leur vie s'ils le désirent. Pour ce faire, ils doivent introduire une procédure judiciaire en correction d'erreur⁹⁹.

Il est important de distinguer cette procédure judiciaire de rectification du sexe juridique, réservée aux personnes intersexes, de la procédure administrative de la modification du sexe juridique existant pour les personnes transgenres¹⁰⁰. En effet, pour les personnes transgenres, une simple déclaration devant l'officier d'état civil d'avoir la conviction qu'ils appartiennent « à l'autre sexe » accompagnée d'une expertise médicale suffit pour obtenir la modification de son sexe juridique¹⁰¹. Cependant les options sont purement binaires et il est dès lors impossible d'opter pour le marqueur X via cette procédure¹⁰².

La procédure judiciaire en correction d'erreur permettait uniquement de remplacer la mention neutre par la mention F ou M, sans possibilité de faire l'inverse. Cela a été confirmé par la jurisprudence notamment dans l'affaire K¹⁰³ rendue en 2007 par la Haute Cour des Pays-Bas.

Cependant, en 2018, cette idée fut bousculée par le tribunal de Roermond dans une affaire concernant une personne intersexe qui désirait remplacer la mention F de son acte de naissance par une mention neutre¹⁰⁴. En effet, la personne souhaitait mettre fin à la dissonance entre son sexe civil et son identité de genre vécue en dehors des catégories binaires. Le tribunal a considéré qu'au regard des avancées des textes internationaux et de l'acceptation croissante de la société de la diversité des genres, que la vision telle que défendue par la Cour Suprême en 2007 était contraire à l'article 8 de la CEDH et ne devait donc plus trouver à s'appliquer¹⁰⁵. Vu l'absence de possibilité de mention « positive » de genre non-binaire dans le droit néerlandais, le tribunal a ordonné la création d'un nouvel

⁹⁷ M. VAN DEN BRINK et J. TIGCHELAAR, *M/V en verder. Sekseregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, p. 19, disponible sur www.wodc.nl.

⁹⁸ M. VAN DEN BRINK, «The Legal Status of Intersex Persons in the Netherlands», *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 296.

⁹⁹ Art. 1:24-24b NBW.

¹⁰⁰ P. CANNOOT, «De knuppel in het genderhok: op weg naar M/V/X in de Nederlandse geslachtsregistratie?», *T.Fam.*, 2019, p. 48.

¹⁰¹ Article 1:28a NBW

¹⁰² M. VAN DEN BRINK et J. TIGCHELAAR, «Gender identity and registration of sex by public authorities», *European Equality Law Review*, Issue 2, 2015, p. 32.

¹⁰³ Hoge Raad (Pays-Bas) 30 mars 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686.

¹⁰⁴ Rechtbank Limburg (Pays-Bas), 28 mai 2018, C/03/232248 / FA RK 17-687, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

¹⁰⁵ M. VAN DEN BRINK, «The Legal Status of Intersex Persons in the Netherlands», *op. cit.*, p. 300.

acte de naissance avec la mention « indéterminé ». Par ce raisonnement, le tribunal implique qu'il existe désormais une obligation positive pour les États d'adapter l'enregistrement du sexe civil à l'identité de genre vécu par la personne. Cependant, l'absence de texte international contraignant et de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme allant dans ce sens, indique au contraire l'existence d'une marge d'appréciation pour les États dans cette question¹⁰⁶.

En 2021, le tribunal d'Amsterdam continue néanmoins sur cette lancée et va encore plus loin en autorisant la modification rétroactive du certificat de naissance d'une personne née femme désirant la mention « X »¹⁰⁷. Le tribunal a décidé qu'un changement de sexe juridique non-binaire ne pouvait pas subir une différence de traitement comparé à la procédure existant de changement de sexe binaire. Cette jurisprudence ne fait cependant pas l'unanimité en l'absence de texte légal.

Une autre particularité des Pays-Bas réside dans leur engagement pris depuis 2016 de limiter au plus possible les occasions où la mention du sexe juridique est visible¹⁰⁸. Depuis 2017, la mention a disparu des abonnements de transport public, des cartes étudiantes et le gouvernement a également annoncé sa suppression des cartes d'identité dès 2025.

¹⁰⁶ G. VERSCHULDEN, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁰⁷ Rechtbank Amsterdam (Pays-Bas), 21 juillet 2021, C/13/669890/FA RK 19-4520, ECLI:NL:RBAMS:2021:3732.

¹⁰⁸ Ministerie van Veiligheid en Justitie, « Government Opts for Less Registration of Gender », 23 décembre 2016, disponible sur : <https://www.government.nl/latest/news/2016/12/23/government-opts-for-less-registration-of-gender>.

III.- TRANSPOSITION DE CES SOLUTIONS AU REGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

À la lumière des différents systèmes mis en place dans des systèmes juridiques différents, il apparaît qu'il existe de nombreuses pistes que le législateur pourrait choisir d'emprunter. Dans la doctrine, la question divise. Certains défendent le système tel qu'il existe actuellement, d'autres sont partisans d'une suppression du genre comme élément de l'état civil alors que d'autres encore plaident pour l'introduction d'une troisième catégorie.

Chaque solution va de pair avec des avantages et des inconvénients. Il nous semble opportun de les analyser tour à tour au regard des spécificités de l'ordre juridique belge.

Dans cette dernière partie, nous allons commencer par examiner l'introduction d'une troisième catégorie à l'état civil, et ses différentes déclinaisons. Ensuite, nous nous pencherons sur la possibilité d'enregistrer à la fois le genre et le sexe dans les registres officiels avant de considérer les effets qu'une abolition du genre et du sexe juridique aurait en droit belge.

A.- OPTION 1 : INTRODUCTION D'UNE NOUVELLE CATÉGORIE D'ÉTAT CIVIL

La solution qui semble à première vue la plus facilement réalisable serait celle d'introduire une nouvelle catégorie « neutre » à l'état civil. Cependant, cette option est loin d'être aussi évidente qu'il y paraît et elle nous amène à nous poser d'autres questions importantes.

Tout d'abord, est-ce que cette troisième case entraînerait une modification du sexe dans les registres de l'état civil ou est-ce qu'il s'agirait d'une nouvelle mention sur la carte d'identité uniquement ? Cela peut nous sembler contrintuitif mais certains pays comme le Danemark autorisent la mention « X » sur leur document d'identité sans que cela entraîne de modification dans les registres officiels¹⁰⁹. Il est peu probable que cette solution soit retenue dans notre pays de tradition civiliste où les registres sont fortement centralisés¹¹⁰. De plus, une telle solution nous semble peu susceptible de répondre aux exigences avancées par la Cour constitutionnelle.

¹⁰⁹ N. VIDEBAEK MUNKHOLM, « Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Denmark » *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, J. Scherpe (dir.), Intersentia, 2017, p. 156.

¹¹⁰ L. HOLZER, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe : Report on third gender marker or no gender marker options for ILGA-Europe*, septembre 2018, p.18, disponible sur www.ilga-europe.org

Ensuite, à qui est-ce que cette troisième option serait proposée ? Comme vu plus haut, une nouvelle catégorie peut être conçue soit de manière restrictive comme c'est le cas en Allemagne où elle est réservée aux personnes intersexes, soit de manière plus large comme en Australie. Selon nous, il serait judicieux de prévoir la possibilité de choisir cette catégorie pour l'ensemble de la population. En effet, l'objectif du législateur étant de laisser les individus choisir pour eux-mêmes leur identité de genre sur simple déclaration, il serait dès lors contradictoire d'exiger des conditions supplémentaires pour pouvoir bénéficier d'un sexe juridique non-binaire.

La question se pose alors de la forme que prendrait cette nouvelle catégorie. Dans le droit étranger, on retrouve souvent « X » comme troisième case mais d'autres options telles que « O », « Indéterminé » ou « Divers » existent également. Ce choix doit être selon nous fait par le législateur en concertation avec les personnes concernées pour éviter que la mention retenue ne soit porteuse d'une signification péjorative ou réductrice. Toutefois, « X » a l'avantage d'être déjà reconnu et utilisé par l'International Civil Aviation Organisation (ICAO)¹¹¹ en ce qui concerne la réglementation des passeports internationaux.

Enfin, est-ce que cette troisième option serait disponible dès l'enregistrement de la naissance ou est-ce qu'il faudrait nécessairement passer par une procédure de changement de genre pour l'obtenir ? Cette question est d'importance cruciale pour les personnes nées avec des caractéristiques sexuelles variables dont les parents sont contraints de choisir entre « M » et « F » dès la naissance¹¹². En effet, cette pression exercée sur les parents de faire rentrer leur enfant dans une des cases acceptées par la société conduit souvent à des opérations chirurgicales « de normalisation » lourdes sans toujours être nécessaires sur des enfants très jeunes¹¹³. La Belgique pourrait suivre l'exemple de l'Allemagne et des Pays-Bas en permettant l'inscription d'un « troisième sexe » dès la naissance. Cependant, les militants intersexes ne sont pas tous favorables à une telle initiative et préféreraient que les efforts se concentrent sur la mise en place d'un cadre législatif réglementant les opérations de conformation sur mineurs¹¹⁴. De plus, permettre l'enregistrement de la troisième catégorie dès la naissance combiné avec l'ouverture de cette option sans restriction risquerait d'entraîner un amalgame qui n'a pas lieu d'être entre sexe et genre. En effet, la même mention serait alors susceptible d'être utilisée pour désigner à la fois, le sexe biologique d'un

¹¹¹ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, *Machine Readable Travel Documents. Part 4 — Specifications for Machine Readable Passports (MRPs) and Other TD3 Size MRTDs*, Doc 9303, 2015, p. 14.

¹¹² P. CANNOOT, « Do Parents Really Know Best? Informed Consent to Sex Assigning and 'Normalising' Treatment of Minors with Variations of Sex Characteristics », *Culture Health & Sexuality*, vol. 23, no. 4, 2021, pp. 567–568. ; L. HOLZER, « Smashing the Binary? A new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10 », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, vol. 1 n°1, 2020, p. 121.

¹¹³ G. WILLEMS, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-il les plus faibles ?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, pp. 480-481.

¹¹⁴ GENRE PLURIELLES « Visibilité Intersexe : Informations de base » édition 2019, p. 10, disponible sur <https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/brochureintersexegps-rev7-web.pdf>

enfant intersexe et l'identité de genre non-binaire d'un adulte ayant fait une déclaration dans ce sens. Selon nous, cette option est dès lors peu adaptée pour régler le statut légal des personnes intersexes.

L'introduction d'une nouvelle catégorie neutre permettrait aux personnes non-binaires d'avoir leur identité reconnue par la loi. Ce nouveau statut légal aiderait ces personnes à se sentir plus intégrées dans notre société et leur donnerait un sentiment de visibilité et de légitimité accru. De plus, cette solution à l'avantage d'avoir le soutien d'une majorité de la population belge selon un sondage de la Commission européenne¹¹⁵.

Néanmoins, le risque lié à la création d'une telle « troisième case » est le renforcement de la stigmatisation et de la discrimination envers les personnes non-binaires.

En effet, dans notre société cisnormative, cette solution perpétue l'idée que tous ceux qui désirent s'affranchir de la binarité sont « hors de la norme »¹¹⁶. De plus, cette unique catégorie ne permettrait pas de prendre pleinement en compte la diversité des genres et représenterait plutôt une catégorie résiduaire et réductrice regroupant des tas d'identités pourtant distinctes les unes des autres. Une grande partie des associations telles que Genre Pluriels s'opposent donc à une troisième option car elles considèrent que cela « ne reflètera pas adéquatement la réalité, stigmatise une minorité, alimente la confusion entre sexe et genre entraînant des procédures de normalisation néfastes et préjudiciables, particulièrement pour les personnes intersexes. »¹¹⁷.

Une manière d'éviter ce phénomène d'exclusion sociale est d'introduire, non pas une, mais plusieurs catégories additionnelles à celles de « M » et « F ». Cela aurait pour effet d'éviter le phénomène d'ostracisation décrit plus haut tout en permettant que la pluralité des identités de genre soit reconnue plus largement. Cette solution rencontre un certain succès dans la doctrine notamment de Pieter Cannoot qui est partisan d'une option à quatre branches : « M », « F », « Autre » et « X » pour signifier « je ne préfère pas le mentionner »¹¹⁸. Il rejoint sur ce point le Professeur Willems qui estime qu'il faut prévoir la possibilité d'une expression négative de son identité de genre avec les mentions « / » ou « Néant »¹¹⁹.

Vu la distinction existante entre toutes les identités de genre, une autre proposition serait d'établir une liste permettant de les représenter au maximum. Néanmoins, vu le nombre élevé d'identités de genre différentes, la tâche d'évaluer lesquelles sont à inclure ou non

¹¹⁵ P. MEIER. Et J. MOTMANS , *op. cit.*, p. 246.

¹¹⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁷ GENRES PLURIELS, « Otez votre sexe de notre carte d'identité », disponible sur <https://www.genrespluriels.be/Otez-votre-sexe-de-notre-carte-d-identite>

¹¹⁸ P. CANNOOT, « Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder? », *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁹ G. WILLEMS, « Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne... », *op. cit.*, p. 310.

s'avère peu aisée. Une réponse à ce problème serait de laisser la possibilité d'une catégorie ouverte comme c'est le cas actuellement en Tasmanie. On comprend néanmoins assez vite l'utilité limitée d'un tel système dans l'identification des personnes¹²⁰.

L'inclusion des personnes *genderfluid* nous paraissant également essentielle, il nous paraît évident que le législateur devra rendre la procédure de changement de genre vers la ou les nouvelles catégories aussi facile que possible sans limiter le nombre de modifications autorisées. Il nous semble cependant également raisonnable que la procédure soit subordonnée au respect d'un délai d'attente minimum entre chaque demande de changement comme c'est le cas en Tasmanie.

En conclusion, bien que paraissant plus facile à réaliser au premier abord, l'introduction de nouvelles catégories semble être peu adaptée sur le long terme pour lutter contre les discriminations envers les personnes qui ne se retrouvent pas dans les catégories binaires existantes. En effet, d'une part elle ne résout pas la confusion régnant entre sexe et genre dans notre droit et de l'autre, et d'autre part elle pourrait contribuer au renforcement de la stigmatisation de ce qu'on perçoit comme étant hors de la norme.

B.- OPTION 2 : SÉPARATION DE L'ENREGISTREMENT DU GENRE ET DU SEXE

Une deuxième solution serait de continuer à enregistrer le sexe mais d'ajouter à côté la possibilité d'enregistrer un genre. Cela aurait pour effet de distinguer clairement entre le sexe biologique et le genre qui serait l'élément utilisé par l'État pour identifier les individus. Ce dédoublement des registres¹²¹ aurait l'avantage certain de permettre une reconnaissance des personnes intersexes et non-binaires de façon distincte. En effet, les catégories proposées pour enregistrer le sexe à la naissance pourraient consister en « F », « M » ou « Intersexe » tandis que les catégories pour le genre pourraient se décliner en « F », « M » ou « Non-binaire ».

L'enregistrement du genre pourrait s'envisager sous différentes manières mais il nous semble logique dans tous les cas de ne pas l'inclure à la naissance. En effet, puisque le genre est lié à un ressenti personnel intérieur, il est dès lors impossible d'assigner un genre à un bébé venant de naître.

On pourrait envisager un système où une déclaration de genre serait possible dès l'âge de 16 ans et deviendrait obligatoire à la majorité. Cela aurait pour avantage de laisser le temps aux enfants et adolescents d'explorer leur identité de genre en toute liberté. La procédure

¹²⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 33.

¹²¹ P. CANNOOT, « Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder? », *op. cit.*, p. 7.

de déclaration de genre devrait également être rapide et peu contraignante de manière à ce que les personnes *genderfluid* puissent modifier facilement leur genre autant de fois qu'elles le souhaitent. Un moyen d'éviter les abus flagrants de cette procédure serait d'introduire le respect d'un délai minimum entre chaque demande comme c'est le cas en Tasmanie.

Cette option aurait l'avantage d'introduire une distinction claire entre les concepts de sexe et de genre tout en ménageant les sensibilités de la population attachée au système actuel.

Cependant, dans un ordre juridique où les individus seraient identifiés sur base de leur genre, quelle place donner à l'enregistrement du sexe biologique ? En effet, introduire une identité de genre à côté de la case sexe sur notre carte d'identité n'aurait pas de sens et serait même contreproductif puisque cela rendrait le décalage existant entre le sexe et l'identité d'une personne d'autant plus flagrant. Le risque de discrimination et de stigmatisation des personnes « hors de la norme » s'en retrouverait accru que ce soit pour les personnes transgenres (binaires et non-binaires) ou les personnes intersexes¹²².

L'enregistrement du sexe par l'État a pour but premier l'identification des individus. Cependant, à l'ère des nouvelles techniques de biométrie (empreintes digitales ou reconnaissance de l'iris), utiliser le sexe comme élément d'identification est-il encore pertinent¹²³ ? La question mérite d'être posée dans une société où la binarité des sexes et genres est de plus en plus vue comme un mythe à déconstruire.

De plus, la multiplication des cases et des registres semble aller contre les idées défendues par de nombreuses associations LGBTQIA+ qui veulent, au contraire, libérer les individus des carcans liés aux genres¹²⁴.

En conclusion, bien que permettant une reconnaissance juridique des identités de genre comme distincte du sexe, cette approche nous semble peu satisfaisante si les deux continuent d'occuper la même place sur les documents officiels.

¹²²G. WILLEMS, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *op. cit.*, pp. 486-487.

¹²³ L. HOLZER, « Smashing the Binary? », *op. cit.*, pp. 103-104.

¹²⁴ OII-EUROPE, « Manifeste du Troisième Forum International Intersexe du 1e décembre 2013 », Malte, 27 décembre 2013, disponible sur: <https://oiieurope.org/fr/conclusion-3eme-forum-international-intersexe/> ; TGEU, « Position Paper : Gender Marker », 13 Juin 2018, en ligne : <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/07/Gender-Marker-Position-Approved-13-June-2018-formatted.pdf>

C. OPTION 3 : SUPPRESSION DU SEXE JURIDIQUE

Une des deux autres options proposées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt est l'abolition complète du genre/sexes comme élément de l'état civil.

Cette solution paraît assez radicale au premier abord et soulève plusieurs questions.

Dans l'accord du gouvernement, le gouvernement De Croo avait annoncé son intention de modifier la loi de 2017 pour la rendre conforme à la décision de la Cour constitutionnelle¹²⁵. En 2022, une note de politique générale a indiqué que le projet de suppression de *la mention* du sexe sur nos cartes d'identité était actuellement étudié¹²⁶.

L'université de Gand a quant à elle rédigé un avis pluridisciplinaire analysant les modalités d'une suppression du sexe *comme élément de l'état civil*.

Ces deux approches bien que s'inscrivant dans une même démarche, diffèrent donc par leur ambition et leur portée.

Dans cette partie, nous commencerons par étudier le projet envisagé par le gouvernement (1) ainsi que les avantages et inconvénients qui y sont liés. Ensuite, nous présenterons les solutions retenues par les chercheurs de l'UGent (2) avant d'étudier les points de contentieux que le législateur va devoir surmonter.

1) *Projet de loi*

En 2022, le gouvernement a annoncé sa volonté de supprimer le sexe des cartes d'identité. Cette initiative bien que bienvenue, amène forcément d'autres questions. Dans cette partie, nous tenterons d'examiner de plus près le système envisagé par le gouvernement.

Le projet de loi tel que préparé par le ministre Vincent Quickenborne et la secrétaire d'État Sarah Schliz supprimerait la mention du sexe comme mention lisible sur nos cartes d'identité¹²⁷.

Ce projet de loi serait plutôt modeste dans ses innovations et maintiendrait en grande partie le système actuellement en place. En effet, le sexe continuerait à être enregistré dès la naissance comme partie intégrante de l'état civil. La procédure de changement de genre sur

¹²⁵ Accord du gouvernement fédéral, 30 septembre 2020, p 86, disponible sur www.belgium.be.

¹²⁶ Note de politique générale : Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2021-2022, n° 55-2294/015, p. 40.

¹²⁷ Note de politique générale : Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2021-2022, n° 55-2294/015, p. 46.

déclaration resterait également accessible pour les personnes de plus de 16 ans désirant modifier le genre repris dans le Registre national. Les catégories strictement binaires seraient également maintenues mais l'irrévocabilité supprimée¹²⁸. La grande nouveauté résiderait dans le fait que la carte d'identité n'afficherait plus le sexe comme une donnée lisible (visuellement ou électroniquement)¹²⁹. Dès lors, la composition du numéro de Registre national serait modifiée pour faire en sorte que le sexe ne soit plus déductible par la présence d'un numéro pair ou impair. Enfin, l'irrévocabilité de principe du changement de genre serait également supprimée.

Il est essentiel de considérer l'effet d'une telle solution non seulement au niveau national mais également international. En effet, les documents d'identités sont l'objet de réglementation de la part de l'Union européenne qui prévoit des critères minima pour les États membres¹³⁰. Selon le Règlement en question, la mention du sexe est une donnée facultative¹³¹. Dès lors le droit européen ne pose pas d'obstacle à sa suppression.

En ce qui concerne les passeports internationaux, comme mentionné plus haut, l'ICAO prévoit une obligation de mentionner le genre mais autorise l'utilisation de trois catégories : « M », « F » ou « X ». Cela signifie que la Belgique pourrait choisir d'octroyer des passeports « X » pour tout le monde afin d'éviter de faire mention du sexe. Cette solution n'est cependant pas idéale dans la mesure où un passeport neutre pourrait faire l'objet de discrimination lors de déplacements internationaux dans certains pays¹³². Rien n'empêche d'envisager que le sexe mentionné sur le passeport se fonde sur l'auto-identification et qu'elle reste une donnée « déconnectée » du registre central¹³³.

Selon nous, cette suppression sur les documents officiels réduit la pertinence du genre à des fins d'identification et peut avoir un impact positif sur le droit à la vie privée¹³⁴. En effet, cela permettrait de limiter les cas où les personnes sont obligées de révéler la discordance entre leur sexe légal et leur identité de genre¹³⁵. Une telle démarche serait conforme au principe 31 des Principes de Yogyakarta¹³⁶ et emboîterait le pas de nos pays voisins tels que

¹²⁸ P. CANNOOT, « « Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder? », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁹ P. CANNOOT, *ibidem*, p. 3.

¹³⁰ Règlement (UE) du Parlement européen et du conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, 12 juillet 2019, *J.O.U.E.*, L188/67, 12 juillet 2019.

¹³¹ Considérant 24 et art. 3, §2 du Règlement ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 29.

¹³² L. HOLZER, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe*, *op. cit.*, p.20. ; M.VAN DEN BRINK et J. TIGCHELAAR., *M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, *op. cit.*, p. 186.

¹³³ M. VAN DEN BRINK et J. TIGCHELAAR., *ibidem*, pp. 57-61.

¹³⁴ L. HOLZER, « Smashing the Binary? », *op. cit.*, p. 107.

¹³⁵ L. HOLZER, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁶ Principes de Yogyakarta + 10 - Principes additionnels et obligations additionnelles des États au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre,

l'Allemagne et les Pays-Bas ayant déjà prévu une initiative en ce sens. En outre, il serait remédié à l'inconstitutionnalité concernant les personnes *genderfluid* constatée dans l'arrêt du 19 juin 2019.

Cependant, nous pensons que cette approche ne répond pas entièrement aux attentes de la Cour constitutionnelle. En gardant la binarité stricte des catégories, le législateur prive *de facto* les personnes non-binaires d'une reconnaissance juridique effective. De plus, l'amalgame existant aujourd'hui entre sexe et genre dans les textes de lois ne serait toujours pas entièrement résolu.

En conclusion, selon nous ce projet est un pas dans la bonne direction. Sa portée est certes faible mais nous pensons qu'une approche incrémentale est opportune dans ce dossier. Néanmoins, il est certain qu'une réforme plus approfondie de notre système d'enregistrement de sexe devra suivre pour s'assurer que les personnes non-binaires ne soient plus discriminées.

2) Proposition UGent

Dans cette dernière option, la plus radicale, nous allons examiner la possibilité de supprimer totalement le sexe comme élément de l'état civil. Pour ce faire, nous allons nous baser principalement sur la proposition avancée par Guy T'Sjoen, Martine Cools, Joz Motmans, Gerd Verschelden et Pieter Cannoot¹³⁷ et en évaluer les avantages et inconvénients.

Proposition UGent

Nous allons commencer cette partie en présentant la proposition émanant de UGent dans le cadre d'une réforme de l'enregistrement du sexe juridique. Dans cette proposition à destination du ministre, les chercheurs proposent des lignes directrices pour la suppression du sexe comme élément de l'état civil. Ils estiment en effet que le sexe/genre est une donnée qui bien que faisant partie de l'identité personnelle des personnes, a aujourd'hui peu de conséquences sur le statut légal d'une personne¹³⁸.

Ils plaident cependant pour le maintien de l'enregistrement du sexe et du genre mais dont la pratique actuelle devrait être revue en profondeur¹³⁹. Selon leur proposition, le sexe biologique ne serait plus enregistré sur l'acte de naissance, il serait consigné dans un dossier

d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta, 10 novembre 2017, en ligne : <http://yogyakartapinciples.org/principles-en/yp10//>; traduction française : <https://yogyakartapinciples.org/principe-31-pj10/>.

¹³⁷ G. T'SJOEN et al., « Hervorming van de geslachtsregistratie : suggesties UGent en UZ Gent », *T. fam*, n° 9, 2021, pp. 262–271.

¹³⁸ G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 265.

¹³⁹ G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 267.

médical confidentiel¹⁴⁰. L'avantage étant que les médecins ne seraient plus limités par des catégories binaires pour décrire les caractéristiques sexuelles. Le sexe disparaîtrait par conséquent également de la carte d'identité et du numéro de Registre national.

Ils sont également en faveur du maintien de l'enregistrement de genre mais de nouveau de façon indépendante des éléments de l'état civil¹⁴¹. En effet, un système juridique basé sur le droit à l'autodétermination en matière d'identité de genre impliquerait que l'autoidentification soit considérée comme suffisante.

Cela signifierait que dans les rares cas où le genre de l'individu serait pertinent au regard du droit (en matière de discrimination positive par exemple), la simple déclaration sur l'honneur de la personne concernée concernant son genre devrait faire foi¹⁴².

Cet enregistrement de l'identité de genre serait possible dès l'âge de 12 ans mais resterait facultatif. Les auteurs conseillent de prévoir quatre catégories d'identité de genre à savoir, « homme », « femme », « autre » et « X ». Ce dernier signifiant « indéterminé » ou « je préfère ne pas le dire ». Ils défendent un système « *opt-in* » où tout le monde obtiendrait automatiquement la mention de genre « X » à la naissance tout en ayant la possibilité de la modifier par la suite¹⁴³.

Inconvénients

Tout d'abord, il est peu certain que la population belge accueille la suppression du sexe civil de manière enthousiaste. En effet, il n'est pas illusoire de penser qu'une partie de la population soit attaché à cette reconnaissance juridique de leur sexe et identité de genre¹⁴⁴. Cela peut être aussi vrai pour les personnes cisgenres que les personnes transgenres pour qui l'état civil joue un rôle symbolique de reconnaissance sociale¹⁴⁵. Dès lors, ces personnes pourraient vivre cette suppression comme la perte d'une partie de leur identité¹⁴⁶ et être fermement opposées à ce changement.

Ensuite, il est évident que notre système juridique tel qu'existant aujourd'hui n'est pas prêt pour une abolition totale du sexe civil. En effet, malgré le mouvement de « déssexualisation » de nos règles juridiques¹⁴⁷, il demeure que de nombreuses législations sont encore dépendantes de cette catégorisation des genres. On pense notamment à la

¹⁴⁰ G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 268.

¹⁴¹ G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 269.

¹⁴² G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 267.

¹⁴³ G. T'SJOEN et al., *ibidem*, p. 269.

¹⁴⁴ J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 740.

¹⁴⁵ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁶ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *op. cit.*, p. 917.

¹⁴⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 47.

filiation, les congés de maternité et le droit pénal comme domaines dans lesquels le genre joue encore un rôle indéniable dans l'identité juridique des individus.

À cela s'ajoute le retour de nouvelles législations « sexospécifiques » instaurées dans le but de lutter contre les discriminations¹⁴⁸. Les mécanismes de discriminations positives mis en place pour assurer la parité¹⁴⁹ impliquent la nécessité de pouvoir identifier qui rencontre le critère de genre. En l'absence de sexe juridique, comment et qui va déterminer si quelqu'un est un « homme » ou une « femme » ?

En outre, même si cette abolition du genre est défendue par certains auteurs féministes¹⁵⁰ qui considèrent qu'elle serait indispensable pour déconstruire les rapports de pouvoir existant en faveur du patriarcat¹⁵¹, cette vision ne fait pas l'unanimité. En effet, d'autres considèrent qu'abolir le genre aurait un effet contreproductif pour les groupes marginalisés (dont les femmes) puisque cela les priverait d'un « outil d'essentialisme stratégique »¹⁵² nécessaire à la formulation de revendications politiques¹⁵³. Comme souligné par Peter Dunne, « *Bien que le "droit sans genre" ne réduirait pas nécessairement les préjugés sexistes ou fondés sur le genre, il réduirait potentiellement la capacité du droit à identifier et à remédier à de tels abus lorsqu'ils se produisent.* »¹⁵⁴.

Enfin, bien que l'enregistrement du sexe à des fins d'identification soit souvent remis en question, c'est oublier qu'il conserve néanmoins une utilité non négligeable en tant que donnée médicale pour mener à bien des politiques de santé (dépistage des cancers du sein ou de la prostate par exemple).

¹⁴⁸ Voy. par exemple: Loi du 22 mai 2014 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre, *M. B.*, 24 juillet 2017. ; Loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes, *M.B.*, 28 août 2012 ; Loi du 4 février 2020 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction de discrimination relative à la paternité ou à la comaternité *M.B.*, 28 février 2020. ; Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. *M.B.*, 30 mai 2007.

¹⁴⁹ Voy. notamment l'article 117bis du Code électoral (présence égale des hommes et des femmes sur les listes électorales fédérales) ou bien la loi du 28 juillet 2011 tendant à garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *M.B.*, 14 septembre 2011.

¹⁵⁰ Voy. dans ce sens J. LORBER, « Using gender to undo gender: A feminist degendering movement », *Feminist theory*, n°1, pp.79–95. ; M. WITTIG, « The Category of Sex », *Feminist Issues*, Fall 1982, pp. 63-68.

¹⁵¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *op. cit.*, pp. 915-916.

¹⁵² Terme inventé par Gayatri Chakravorty Spivak pour décrire l'idée que les descriptions de groupe sont parfois nécessaires pour représenter les personnes marginalisées.

¹⁵³ L. HOLZER, « Smashing the Binary? », *op. cit.*, p. 123.

¹⁵⁴ P. DUNNE, « Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity ? », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, p. 240. (traduction libre).

Avantages

Le premier avantage de cette solution est qu'elle mettrait fin à la cisnormativité implicite du système actuel où il est présumé que l'identité de genre correspondra au sexe enregistré à la naissance¹⁵⁵. Une abolition de l'enregistrement du sexe laisserait la place pour une découverte de son identité de genre libérée de la pression cisnormative. Cela serait bénéfique pour les personnes transgenres mais également pour les personnes cisgenres dans la mesure où cela pourrait contribuer à déconstruire les stéréotypes de genre et à dépasser les limites imposées en fonction d'un genre par la société. Comme formulé par Lena Holzer, «*the elimination of the legal category gender would have a liberating effect, since the biologisation, ontologization and essentialization of the differences between genders would have no legal basis anymore*»¹⁵⁶.

De plus, la tension actuelle dans notre système juridique entre, d'une part, le principe d'indisponibilité de l'état civil et de l'autre, le principe d'autodétermination serait *de facto* résolue¹⁵⁷.

Un tel système serait également une avancée pour les personnes intersexes puisque l'abolition de l'obligation d'enregistrer le sexe à la naissance aurait pour conséquence de diminuer la pression existant actuellement sur les parents de choisir dans quelle catégorie faire rentrer leur enfant¹⁵⁸.

L'abolition du sexe comme élément de l'état civil serait également conforme avec la tendance en droit international qui voit apparaître l'émergence d'un droit à la reconnaissance juridique des identités de genre basé exclusivement sur le principe d'autodétermination¹⁵⁹. En effet, le genre/sexe n'étant plus une donnée enregistrée par l'État pour nous identifier, un individu serait libre de déterminer par lui-même à n'importe quel instant le genre auquel il s'identifie. De fait, une telle solution serait « la voie la plus conforme à l'autodétermination »¹⁶⁰ et respecterait l'approche prescrite par le Principe 31 des Principes de Jogjakarta¹⁶¹.

¹⁵⁵ P. CANNOOT, «The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act», *op. cit.*, pp. 44-46.

¹⁵⁶ L. HOLZER, « Smashing the Binary? », *op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁷ G. T'SJOEN, et al., *op. cit.*, p. 265.

¹⁵⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵⁹ P. CANNOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 32. ; P. CANNOOT, «The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System», *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁶⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶¹ Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, disponible sur <https://yogyakartaprinciples.org>

Il est évident néanmoins que la suppression du sexe juridique n'aurait pas pour conséquence de faire disparaître sa présence de notre société. En effet, le genre social est un phénomène qui existe indépendamment de la reconnaissance légale qui lui est accordé¹⁶²e. Les craintes qu'une telle suppression du sexe civil entraînerait la disparition des concepts « homme » et « femme » sont dès lors infondées.

Quant aux mesures de discriminations positives, certains comme Pieter Cannoot¹⁶³ avancent qu'elles ne sont pas nécessairement incompatibles avec la suppression de l'enregistrement du sexe. En effet, selon lui, l'État pourrait maintenir des politiques anti-discrimination à la différence près qu'elles se baseraient désormais sur le genre auto-identifié au lieu du sexe légal¹⁶⁴. Ce dernier est de toute façon rarement utilisé pour déterminer l'éligibilité d'une personne à bénéficier d'une action positive ; c'est plutôt l'autoidentification ou la perception externe du genre de la personne qui est déterminante¹⁶⁵. Le même raisonnement est applicable pour les espaces réservés aux femmes. En effet, comme souligné par Lena Holzer, « *one's legal gender assignment does not determine whether a person has the right to access women-only spaces* »¹⁶⁶. Cependant, faire dépendre l'accès à des actions positives et aux espaces réservés aux femmes sur base de l'autoidentification n'est pas sans susciter de controverses¹⁶⁷.

En outre, bien qu'il soit manifeste que notre système juridique doit être revu dans son ensemble pour introduire un tel changement, la réforme récente de notre droit de la filiation incluant les hommes transgenres¹⁶⁸ apporte la preuve que ces difficultés ne sont pas insurmontables.

En conclusion, la suppression du genre telle qu'envisagée dans ce rapport semble apporter certaines réponses aux problématiques liées à une réforme de l'enregistrement du genre. Ces lignes directrices appellent certainement à de plus amples recherches pour assurer la viabilité du projet à grande échelle. Cependant, cette approche nous paraît la plus compatible avec les exigences de la Cour constitutionnelle ainsi que les développements de droit international dans la matière. Il appartiendra néanmoins au législateur de décider de suivre ces recommandations ou non.

¹⁶² G. T'SJOEN et al., *op. cit.*, p. 267.

¹⁶³ P. CANNOOT, « Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit? » *Recht & Gender in België – 10 jaar later*, E. Brems, P. Cannoot et L. Stevens (dir.), Brugge, die Keure, 2021, pp. 550-551.

¹⁶⁴ P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 47.

¹⁶⁵ S. L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, « Legal Gender Beyond the Binary », *International Journal of Law, Policy and The Family*, n° 33, 2019, p. 420.

¹⁶⁶ L. HOLZER, « Smashing the Binary? », *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁷ Voy. les développements des féministes *gender critical*

¹⁶⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, pp. 556-607.

IV.- CONCLUSION

Comme nous avons pu le constater tout au long de travail, la question de l'enregistrement du genre et du sexe (et de son utilité) est aujourd'hui en pleine mutation sous l'impulsion d'instruments de droit international de *soft law* et des revendications de la communauté LGBTQI+.

L'évolution récente de la façon dont on perçoit le sexe et le genre entre en effet en tension avec la vision traditionnelle. Alors que la société continue de classer les individus selon leurs caractéristiques sexuelles à la naissance, de plus en plus de personnes remettent en question ce modèle en voulant s'affranchir des cases qui leur ont été assignées.

Ce dossier est délicat dans la mesure où il aborde des questions d'identité qui révèlent des visions diamétralement opposées de la place du sexe et du genre dans notre société.

La Belgique n'est pas le seul pays à chercher comment concilier un système juridique basé sur la dichotomie homme-femme avec l'inclusion des nouvelles identités de genres. Nous avons pu examiner de plus près la façon dont certains pays abordaient cette question. Bien que le droit à l'autodétermination soit de plus en plus présent dans les procédures de changement de sexe juridique, aucun État n'a encore franchi le cap de supprimer ce dernier.

Après notre analyse, nous pensons qu'une approche incrémentale tendant vers la suppression du genre tel qu'envisagé par l'UGent est indiquée. Cependant, les trois options que nous avons présentées comportent chacune des avantages et des inconvénients et ce ne sont pas les seules solutions envisageables. Il appartiendra donc au législateur de décider quelle voie emprunter. Dans tous les cas, une réflexion de grande ampleur sur la place du genre en droit belge nous semble nécessaire pour mener à bien une réforme dans ce domaine.

Si nous avons considéré brièvement les éventuels effets d'une modification de l'enregistrement du genre au niveau des mesures anti-discrimination, c'est loin d'être le seul écueil. En effet, cette problématique touche la société dans son ensemble et s'étend des toilettes publiques au milieu carcéral en passant par le monde du sport.

Dès lors, le défi lancé par la Cour constitutionnelle au législateur est loin d'être aisé et il reste de nombreuses questions à résoudre avant de pouvoir prétendre à un système complètement respectueux des identités de chacun.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Internationale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvé par la loi du 13 mai 1955, articles 8 et 14.

Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, disponible sur <https://yogyakartaprinciples.org>

Principes de Jogjakarta +10, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Recommandations additionnelles, signé à Genève, 2017, disponible sur <https://yogyakartaprinciples.org>.

Assemblée générale des Nations unies, Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/HRC/22/53, 1er février 2013, disponible sur <https://undocs.org/>

Résolution 2048 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 22 octobre 2015, La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, disponible sur www.coe.int.

Résolution 2191 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 12 octobre 2017, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, disponible sur www.coe.int.

International Civil Aviation Organization, Machine Readable Travel Documents. Part 4 — Specifications for Machine Readable Passports (MRPs) and Other TD3 Size MRTDs, Doc 9303, 2015.

UE

Résolution 2018/2878 du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées.

Règlement (UE) du Parlement européen et du conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, 12 juillet 2019, J.O.U.E., L188/67, 12 juillet 2019.

Belgique

Const., art. 10, 11 et 22.

Code civil : art. 135/1 et 48.

Code électoral : article 117bis

Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes. *M.B.*, 30 mai 2007.

Loi du 28 juillet 2011 tendant à garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *M.B.*, 14 septembre 2011.

Loi du 22 mai 2014 modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes en vue de l'étendre à l'identité de genre et l'expression de genre, *M. B.*, 24 juillet 2017.

Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017.

Loi du 4 février 2020 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction de discrimination relative à la paternité ou à la comaternité, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes., *M. B.*, 28 février 2020.

Arrêté royal du 3 avril 1984 relatif à la composition du numéro d'identification des personnes inscrites au Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, rapport, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, n° 54-2404/004, p. 23.

Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017 n° 54-2403/004, p. 5.

Note de politique générale : Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2021-2022, n° 55-2294/015, p. 46.

Accord du gouvernement fédéral, 30 septembre 2020, p 86, disponible sur www.belgium.be.

Allemagne

Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18 Dezember 2018, *BGBI.* Teil I, n°48, 21 Dezember, p. 2635.

Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – (PStRÄndG) vom 7 Mai 2013, , *BGBI.* Teil I, n° 23, 14 Mei 2013, p. 1122.

Personenstandsgesetz (PStG) vom 19 Februar 2007, *BGBI.* Teil I, n°5, 23 Februar 2007, p. 122.

Australie

Australian Constitution, section 51 et 109.

Marriage Amendment (Definitions and Religious Freedom) Act 2017 (Cth).

Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender, disponible sur <https://www.ag.gov.au>

Tasmanie (Australie)

Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999.

Justice and Related Legislation (Mariage and Gender Amendments) Act.

Pays -Bas

Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW): art. 1:19d, 1:22 et 1 :24-24b.

Jurisprudence

Internationale

Cour eur. D.H., arrêt *S.V. c. Italie*, 11 octobre 2018.

Cour eur. D.H., arrêt *A.P, Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017.

Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

Cour eur. D.H., arrêt *Di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016.

Belgique

C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019.

Allemagne

Bundesverfassungsgericht, arrêt du 10 octobre 2017, n° 1-BvR-2019/16, http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html (consulté le 20 novembre 2020).

Australie

High Court of Australia, *NSW, Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, 2 avril 2014, n° S273/2013.

Pays-Bas

Hoge Raad, 30 mars 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5686.

Rechtbank Limburg, 28 mai 2018, C/03/232248 / FA RK 17-687, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

Rechtbank Amsterdam (Pays-Bas), 21 juillet 2021, C/13/669890/FA RK 19-4520, ECLI:NL:RBAMS:2021:3732.

Doctrine

Ouvrages

BUTLER J., *Trouble dans le genre, le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte, Paris, 2005.

DE BEAUVOIR S., *Le Deuxième Sexe, t. II : L'expérience vécue*, Éditions Gallimard, 1949.

HERDT G., *Third Sex, Third Gender Beyond Sexual Dimorphism in Culture and History*, New York, Zone Books, 1996.

LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020.

VINCENT B., *Non-Binary Genders: Navigating Communities, Identities, and Healthcare*, Bristol University Press, 2020.

Ouvrages collectifs

ALESSANDRIN A., « Comprendre les transidentités », Fondation Copernic (dir.), *Manuel indocile de sciences sociales. Pour des savoirs résistants*, Paris, La Découverte, 2019, pp. 810-820.

ALTHOFF N., « Gender Diversity in Law: the German Perspective », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, pp. 393-412.

CANNOOT P., « Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit? » *Recht & Gender in België – 10 jaar later*, E. Brems, P. Cannoot et L. Stevens (dir.), Brugge, die Keure, 2021, pp. 537-562.

CANNOOT P., «The Limits to Gender Self-Determination in a Stereotyped Legal System: Lessons from the Belgian Gender Recognition Act», *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, E. Brems, P. Cannoot et T. Moonen (éd.), Intersentia, 2020, pp. 11-53.

DUNNE P., «Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity ? », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 218-240.

FENTON-GLYNN C., « The legal status of intersex persons in Australia », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 243-254.

RICHARZ T. A. et SANDERS A., «Trans Rights in Germany», *Trans Rights and Wrongs: A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, I. C. Jaramillo et L. Carlson (dir.), Springer, 2021, pp. 279-304.

VAN DEN BRINK M., «The Legal Status of Intersex Persons in the Netherlands », *The Legal Status of Intersex Persons*, J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (dir.), Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 293-303.

VIDEBÆK MUNKHOLM N., « Legal Status of Transsexual and Transgender Persons in Denmark» *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, J. Scherpe (dir.), Intersentia, 2017, pp. 147-182.

WILLEMS G., « Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne : Nature, culture et autodétermination », *Individu, Famille et Etat : Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, N. Dandoy, J. Sosson, F. Tainmont et G. Willems (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 269-334.

WILLEMS, G., « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, pp. 479-490.

Revues

AGUIRRE S., CLOSON C. et RORIVE I., « The Legal Certification of Sex in Belgium over Time. Ideological Effects and Practical Implications », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, pp. 159-192.

BAUER M., TRUFFER D. et CROCETTI D., « Intersex human rights», *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n° 6, 2020, pp. 724-774.

BRUNS M., «Gesetz zunderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben», *StAZ*, pp. 97–101.

BUTLER J., « Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex», *Yale French Studies*, n° 72, pp. 35-49.

CANDACE W. et ZIMMERMAN D. H., « Doing Gender », *Gender and Society*, vol. 1, n° 2, 1987, pp. 125–151.

CANNOOT P. et DECOSTER M., « The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis», *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, vol. 1 n°1.,2020, pp. 26-55.

- CANNOOT P., «Do Parents Really Know Best? Informed Consent to Sex Assigning and Normalising' Treatment of Minors with Variations of Sex Characteristics », *Culture Health & Sexuality*, vol. 23, no. 4, 2021, pp. 564–578.
- CANNOOT P., « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *T. fam.*, 2020, pp. 17-26.
- CAP S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 59-117.
- DUNNE P. et J. MULDER J., « Beyond the Binary: Towards a 'Third' Sex Category in Germany? », *German Law Journal*, vol. 19, n°3, pp. 627-648.
- GALLUS N., BRIBOSIA E., RORIVE I., « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018/12, n° 6724, pp. 261-266.
- GEORGE F., «Determining gender: a social construct?», *The Journal of the Health Visitors' Association Winter*, Feb 2015, vol. 88, n° 2, Sociology Database, pp. 15-17.
- GÖSSL S. L., « Das dritte Geschlecht – Personenstandsrechtliche Erfassung intersexueller Personen aus rechtsvergleichender Perspektive », *Forum Familienrecht*, 2019, pp. 298–305.
- GÖSSL S. L. et VÖLZMANN B., « Legal Gender Beyond the Binary », *International Journal of Law, Policy and The Family*, n° 33, 2019, pp. 403–429.
- GUEZ P., « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *Rev. dr. h.*, n° 8, 2015, pp. 1-10.
- HOLZER L., « Smashing the Binary? A new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10 », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, vol. 1 n°1, 2020, pp. 98-133.
- LORBER J., «Using gender to undo gender: A feminist degendering movement », *Feminist theory*, n°1, pp. 79–95.
- MATSUNO E. et BUDGE S. L., « Non-binary/Genderqueer Identities: a Critical Review of the Literature », *Current Sexual Health Reports*, vol. 9, n° 3, septembre 2017, pp. 116–120.
- MEIER P. et MOTMANS J., «Trans laws and constitutional rulings in Belgium : the ambiguous relations between sex and gender», *Politics and governance*, vol. 8, no. 3, 2020, pp. 242-252.
- PARKINSON P., «Sex, Gender and Birth Certificates», 15 octobre 2020, disponible sur <https://ssrn.com>
- RAINER A., « Allemagne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 34-2018, 2019, pp. 89-103.

RENCHON, J.-L., « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2019/4, pp. 731-750.

RENCHON, J.-L., « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018/2, pp. 229-275.

T'SJOEN G., COOLS M., MOTMANS J., VERSCHELDEN G. et CANNOOT P., « Hervorming van de geslachtsregistratie : suggesties UGent en UZ Gent », *T. fam*, n° 9, 2021, pp. 262–271.

UNIVERSITY OF TASMANIA, Research Division, « Why Tasmania's new gender identity laws are warranted », 2020, disponible sur <https://www.utas.edu.au/>.

VERSCHELDEN G., « Vernietigingsberoepen tegen de Transgenderwet: aanloop naar of valkuil voor de non-binaire genderoptie? », *T.Fam.*, 2018/3, pp. 66-68.

WILLEMS G., « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe? », obs. sous Cour const., arrêt n°99/2019, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2020, n°124, pp. 894 à 919.

WITTIG M., « The Category of Sex », *Feminist Issues*, Fall 1982, pp. 63-68.

WOELFLE A., « Vers une révision prochaine de la loi relative à la transsexualité? », *Les @nalyses du CRISP en ligne*, 30 juin 2015, disponible sur <https://www.crisp.be>.

Rapports

BRIBOSIA E., RORIVE I. et OUHNAOUI H., *Rapport au sujet de l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2019, disponible sur [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/rapport_elc - cc 099-2019 - nl.pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/rapport_elc_-_cc_099-2019_-_nl.pdf).

HOLZER L., *Non-Binary Gender Registration Models in Europe : Report on third gender marker or no gender marker options for ILGA-Europe*, septembre 2018, disponible sur www.ilga-europe.org

MANGOLD A., MARKWALD M. et RÖHNER C., *Rechtsgutachten zum Verständnis von Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz*. 2 Dezember 2019.

TASMANIA LAW REFORM INSTITUTE, « Legal Recognition of Sex and Gender », juin 2020, disponible sur <https://www.utas.edu.au/>.

VAN DEN BRINK M. et TIGCHELAAR J., *M/V en verder. Seksregistratie door de overheid en de juridische positie van transgenders*, disponible sur www.wodc.nl

Divers

ARC S., "Faut-il supprimer la mention 'sexe' de l'état-civil ?", *CNRS Le Journal*, 27 juin 2019, disponible sur <https://lejournal.cnrs.fr>

BAARS G., «*New German Intersex Law: Third Gender but not as we want it*», *VerfBlog*, 24 août 2018, disponible sur <https://verfassungsblog.de>.

CANNOOT P., «*Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?* », n°02/12/2021, disponible sur Knack.be.

DELANEY M., «*How Tasmania is going from worse to best on transgender human rights* », *The Guardian*, 2019, disponible sur <https://www.theguardian.com/international>.

EQUALITY AUSTRALIA, «*Submission to TLRI: Legal Recognition of Sex and Gender*», *Issues Paper 29*, 2019.

GENRES PLURIELS, 'Accueil, droits, santé, jeunesse, emploi, ... tous.tes bien informé.e.s ', 4^{ème} édition, 2019, disponible sur <http://www.genrespluriels.be>

GENRES PLURIELS, «*Nos revendications* » disponible sur <https://www.genrespluriels.be>

GENRE PLURIELLES 'Visibilité Intersexe : Informations de base' édition 2019, p. 10, disponible sur <https://www.genrespluriels.be>

GENRES PLURIELS, 'Otez votre sexe de notre carte d'identité', disponible sur <https://www.genrespluriels.be>

GESELLSCHAFT FÜR FREIHEITSRECHTE, «*Presseerklärung: „Dritte Option“ erneut vor dem Bundesverfassungsgericht*», 16 juin 2020, disponible sur <https://freiheitsrechte.org/>

OII-EUROPE, 'Manifeste du Troisième Forum International Intersexe du 1e décembre 2013', Malte, 27 décembre 2013, disponible sur : <https://oiieurope.org/fr/conclusion-3eme-forum-international-intersexe/>

MINISTERIE VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE, 'Government Opts for Less Registration of Gender », 23 décembre 2016, disponible sur <https://www.government.nl>

TGEU, «*Position Paper : Gender Marker*», 13 Juin 2018, en ligne : <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/07/Gender-Marker-Position-Approved-13-June-2018-formatted.pdf>

