

Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle⁽¹⁾

Jean-Louis RENCHON

*Professeur à l'UCL et à l'USL-B
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. Voilà où peut mener le choix idéologico-politique ayant consisté à affirmer que le sexe juridique de l'être humain relèverait à l'avenir de l'auto-détermination de la personne.

À partir du moment où il est désormais considéré que chacun peut déterminer librement et discrétionnairement son sexe juridique⁽²⁾, on en vient alors à considérer aussi que chacun peut décider qu'il ne serait d'aucun sexe voire même qu'il pourrait régulièrement changer de sexe.

À l'aune d'une telle appréhension de l'être homme ou de l'être femme, le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 19 juin 2019⁽³⁾ peut se comprendre.

Mais comment a-t-on pu en arriver là dans la pensée occidentale, au point même qu'on pourrait finir par considérer que l'espèce humaine ne serait plus constituée d'hommes et/ou de femmes et que la distinction entre

⁽¹⁾ Ce texte représente un complément de l'étude que j'avais publiée dans *cette Revue* en 2018 (J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique de changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 229), après la promulgation de 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 dans les actes de l'état civil et ses effets ». Cette précédente étude doit dès lors être adaptée en raison de l'annulation par la Cour constitutionnelle de certaines des dispositions de la loi du 25 juin 2017, même si paradoxalement, comme on l'explicitera ci-après (nos 15 et s.), rien n'est modifié dans l'immédiat.

⁽²⁾ Comme on veillera encore à le préciser ci-après (*infra*, n° 4), c'est bien le sexe — masculin ou féminin — tel qu'il a été juridiquement attribué à chaque être humain à sa naissance que le législateur belge a entendu soumettre au « principe d'autodétermination », au sens où il a considéré qu'une personne peut discrétionnairement déclarer qu'elle appartient désormais à un autre sexe que celui qui lui avait été attribué, et que cette déclaration de volonté suffit pour qu'elle change de sexe.

Ce n'est donc pas seulement son « identité de genre » qu'elle aurait ainsi autrement façonnée. C'est bien son sexe tel qu'il est juridiquement identifié.

⁽³⁾ Arrêt n° 99/2019.

le sexe masculin et le sexe féminin n'aurait été qu'une construction «totalitaire» (voy. *infra*, n° 37) dont il y aurait désormais lieu de se libérer?

N'est-ce pas là le symptôme d'une forme d'«hybris» qui serait à l'œuvre dans la société contemporaine?

I. — Le raisonnement de la Cour constitutionnelle

A. — *Les dispositions légales soumises à la censure de la Cour constitutionnelle*

2. L'objectif du législateur, lors de l'élaboration de la loi du 25 juin 2017, avait été de «*démédicaliser*» le transsexualisme, c'est-à-dire de ne plus subordonner pour les transsexuels la possibilité de changer juridiquement de sexe ni à un quelconque traitement médical, ni même à un quelconque diagnostic médical.

On avait en effet pu reprocher aux législations qui imposaient aux transsexuels de conformer leur corps au nouveau sexe avec lequel ils souhaitaient vivre de porter atteinte, ne fût-ce qu'indirectement, à leur intégrité physique⁽⁴⁾.

Était-il déraisonnable, par contre, d'exiger qu'une personne qui entendait changer juridiquement de sexe consulte préalablement un médecin et veille à justifier qu'il y avait effectivement des indications médicales permettant non seulement de comprendre mais de fonder la procédure en changement de sexe qu'elle souhaitait entreprendre⁽⁵⁾?

3. C'est à ce propos que la loi belge du 25 juin 2017 a été «révolutionnaire».

⁽⁴⁾ À l'origine, la littérature médicale sur le transsexualisme avait mis en lumière que les transsexuels revendiquaient eux-mêmes de pouvoir adapter leur morphologie corporelle à leur sexe «psychologique».

Ils y consentaient dès lors pleinement, et la question juridique qui avait pu se poser pour les médecins avait même été de savoir s'il y avait bien une justification thérapeutique aux traitements médicaux, de type hormonal et/ou chirurgical, qui étaient susceptibles de satisfaire pareille sollicitation.

Dans un tel contexte, le changement de sexe de la personne concernée ne représentait alors qu'une reconnaissance, en termes juridiques, de cette «*réassignation sexuelle*», pour reprendre les termes de la loi belge du 10 mai 2007 relative à la «*transsexualité*». C'est bien pourquoi il avait paru conforme à cette perception du transsexualisme que le transsexuel apporte la preuve de cette «*réassignation sexuelle*» par la production d'un certificat médical.

Ce n'est que par après qu'un courant de pensée a perçu et présenté ces interventions médicales comme une contrainte imposée à certains transsexuels qui ne souhaitaient pas s'y soumettre. D'aucuns proposent d'ailleurs de réserver aujourd'hui le terme de «transsexuels» à ceux qui entendent réaliser une telle «réassignation sexuelle».

⁽⁵⁾ On reviendra *infra*, n°s 33 et s. sur cet aspect de la problématique, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme a légitimé pareille exigence.

Ce fut comme si, tout à coup, le « syndrome du transsexualisme », qui avait jusque-là été précisément analysé en termes médicaux comme un syndrome⁽⁶⁾, n'existait plus.

Il n'y aurait plus eu dans le « désir » d'une personne de vivre sous une identité sexuée autre que son sexe de naissance aucun phénomène de type médical. Au contraire, il ne se serait plus agi que de l'exercice d'une liberté : la liberté de décider de son sexe.

C'est ce qui amena le législateur à considérer⁽⁷⁾, pour reprendre les termes de la circulaire du ministre de la Justice⁽⁸⁾, « *que la personne concernée décide entièrement par elle-même comment elle se sent et que personne ne doit établir un diagnostic médical concernant son identité sexuelle* » et que la loi « *se fonde* » dès lors sur le « *principe d'autodétermination* ».

En Commission de la justice de la Chambre des représentants, le ministre de la Justice avait ainsi exprimé que « *la démedicalisation est un progrès énorme d'un point de vue des droits de l'homme salué par tous* »⁽⁹⁾.

4. De là la solution juridique consistant à permettre à toute personne de se présenter devant l'officier de l'état civil pour y faire la déclaration qu'elle a la « conviction » que « *le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre, vécue intimement* », sans qu'elle n'ait à justifier de quoi que ce soit.

Il suffit que cette déclaration soit renouvelée lors d'une période s'étendant entre trois et six mois après sa première déclaration pour que l'officier de l'état civil « rédige » l'acte d'état civil « *de modification de l'enregistrement du sexe* » (selon les termes de l'actuel article 52 du Code civil), c'est-à-dire, pour parler en langage clair et précis, sans circonvolutions, que l'officier de l'état civil acte que la personne sera désormais identifiée comme appartenant à l'autre sexe — masculin ou féminin — que celui qui lui avait été attribué à sa naissance.

5. Dans l'esprit du législateur, la réforme qu'il menait devait ainsi permettre aux hommes qui se vivaient comme une femme et aux femmes qui se

⁽⁶⁾ Un syndrome, en termes médicaux, est un ensemble de symptômes cliniques présentés par un patient.

⁽⁷⁾ Comme je l'ai relevé dans ma précédente étude (p. 264, n° 68), cette question ne fut ni débattue ni soumise à la contradiction lors des travaux préparatoires de la loi du 25 mai 2017. Ce fut pratiquement présenté comme une évidence.

On reviendra plus loin sur les questions qu'il serait pourtant légitime de se poser et qui mériteraient des investigations autrement plus approfondies.

⁽⁸⁾ Circulaire du 15 décembre 2017 relative à la loi du 25 juin 2017 réformant les régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 29 décembre 2017, p. 116785.

⁽⁹⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., cess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 17.

vivaient comme un homme d'adapter aisément et rapidement leur identité juridique sexuée à leur «identité de genre».

Dans pareil contexte, il lui avait paru logique que cette adaptation ainsi voulue et décidée par ces personnes soit définitive et, dès lors, irréversible, puisque tel avait été leur souhait profond.

Le législateur avait par conséquent posé le principe qu'une modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance sera «irrévocable» (art. 62bis, § 10 et, ensuite, art. 135/1, § 9, Code civil), tout en n'excluant pas que des «*circonstances exceptionnelles*» puissent amener une personne à solliciter du tribunal de la famille de pouvoir revenir à son sexe d'origine⁽¹⁰⁾.

Afin qu'il ne puisse y avoir d'ambiguïté à ce propos, le législateur avait imposé, d'une part, à l'officier de l'état civil d'attirer l'attention de la personne lors de sa première déclaration sur le caractère en principe irrévocable de la modification de l'enregistrement de son sexe (art. 62bis, § 3, al. 2 et, ensuite, art. 135/1, § 3, al. 2, Code civil) et, d'autre part, à la personne concernée de confirmer lors de sa seconde déclaration qu'elle était consciente du caractère en principe irrévocable de cette modification (art. 62bis, § 5, al. 3 et, ensuite, art. 135/1, § 5, al. 2, 3°, Code civil).

6. C'est ce dispositif, tel qu'il avait ainsi été prévu par la loi du 25 juin 2017, qui a été considéré comme inadéquat et insuffisant par trois associations LGBT, en ce qu'il ne permettait pas de répondre aux demandes telles qu'elles pourraient être formulées par d'autres personnes transgenres :

- d'une part celles dont l'identité de genre serait «*fluide*», c'est-à-dire qui peuvent selon les périodes de leur vie se vivre tantôt comme un homme tantôt comme une femme et qui souhaiteraient dès lors pouvoir faire modifier à plusieurs reprises l'enregistrement de leur sexe ;
- d'autre part, celles dont l'identité de genre serait «*non binaire*», c'est-à-dire qui ne se vivent ni comme homme ni comme femme ou, au contraire, comme les deux, et qui ne souhaitent dès lors pas substituer un des deux sexes à l'autre sexe mais, au contraire, ne pas se voir imposer une quelconque appartenance à un des deux sexes de l'humanité.

Ces associations ont dès lors saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en annulation :

- d'une part des dispositions de la loi du 25 juin 2017 qui prévoient que la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance est en principe irrévocable (première branche de leur moyen) ;

⁽¹⁰⁾ Sur les précisions apportées dans la circulaire ministérielle du 15 décembre 2017 à propos de ces «*circonstances exceptionnelles*», voy. J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 242, n° 27.

- d'autre part des dispositions de la loi en ce qu'elles ne prévoient qu'un système « binaire » d'enregistrement du sexe limité soit au sexe masculin soit au sexe féminin (seconde branche de leur moyen).

7. On (re)précisera dès à présent qu'entre-temps la loi du 18 juin 2018 ayant, notamment, réformé l'ensemble des dispositions du Titre II du Livre premier du Code civil relatives à l'état civil a transposé, d'une part, le contenu des articles 62*bis* et 62*bis*/1 du Code civil, tels que ceux-ci procédaient de la loi du 25 juin 2017, dans les nouveaux articles 135/1 et 135/2 du Code civil, et, d'autre part, le contenu de l'article 2, § 4, de la loi relative aux noms et prénoms, tel qu'il y avait été inséré par la loi du 25 juin 2017, dans le nouvel article 370/3, § 4, du Code civil.

Pour une raison qu'on ignore, les trois associations requérantes n'ont par contre pas introduit de recours en annulation contre les dispositions relatives au changement de sexe et de prénom telles qu'elles avaient ainsi été adoptées par la loi du 18 juin 2018 et insérées dans les nouveaux articles 135/1, 135/2 et 370/3, § 4, du Code civil, avec les conséquences qui vont en résulter sur les effets dans le temps de l'arrêt du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle (voy. *infra*, n^{os} 15 et s.).

B. — La décision de la Cour sur les deux branches du moyen

8. Bien que la Cour constitutionnelle ait, à juste titre, relevé que l'interprétation des notions de « *sexe* », d'« *identité de genre* » et de « *personnes transgenres* » peut prêter à confusion, elle estima toutefois qu'il y avait lieu de suivre les parties requérantes dans leur interprétation selon laquelle « la notion d'« *identité de genre* » fait référence, en l'espèce, au vécu personnel de l'intéressé, qui peut être différent du « *sexe* » qui est enregistré lors de la naissance et qui est déterminé sur la base de caractéristiques biologiques, chromosomiques et physiques » (B.2.2.).

Malgré cette précaution sémantique ayant ainsi consisté à distinguer le sexe du « *vécu personnel* », il reste que cette distinction s'est étiolée dans la suite du raisonnement, puisque la Cour a admis, à l'instar du législateur, qu'alors que le sexe est une donnée objective, une personne a désormais le pouvoir, sur la seule base de son « *identité de genre* », c'est-à-dire son « *vécu personnel* », de faire modifier l'enregistrement de son *sexe* par notre ordre juridique, au sens où, elle sera donc désormais identifiée comme appartenant à l'autre sexe que son sexe de naissance⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ C'est là que se trouve assurément l'ambiguïté des termes utilisés, car la détermination du sexe d'une personne, fût-il son sexe juridique, ne peut pas procéder seulement d'un « *vécu personnel* ». À preuve évidemment, une femme qui se « vit personnellement » comme un homme peut toujours être enceinte et accoucher de son bébé. On y reviendra (*infra*, n^o 36).

C'est que la Cour a fondé son raisonnement sur la prémisse que le législateur s'était référé aux tendances actuelles en matière de droits de l'homme pour considérer que personne ne peut être forcé de subir des procédures médicales, que seule la personne concernée est en mesure de juger son *«identité de genre»* et que, dès lors, le législateur avait *«choisi l'autodétermination comme principe de base en ce qui concerne la procédure de modification de l'enregistrement du sexe mentionné dans l'acte de naissance»* (B.1.2., p. 13 de l'arrêt).

1. La seconde branche du moyen

9. La Cour a alors commencé par examiner la seconde branche du moyen des parties requérantes relative aux personnes dont l'identité de genre est *«non binaire»* et qui sont contraintes d'accepter *«un enregistrement du sexe qui ne correspond pas à leur identité de genre alors que les personnes dont l'identité de genre est binaire mais ne correspond pas au sexe enregistré dans leur acte de naissance peuvent faire modifier cet enregistrement»*.

Compte tenu précisément que le législateur avait *«voulu préconiser le principe de l'autodétermination, en vue de permettre à l'individu d'obtenir une modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance sur la base de la conviction que cette mention ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement»*, la Cour a alors considéré que *«le principe de l'autodétermination doit faire en sorte que, lors de la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance, il puisse être tenu compte de la même manière pour les deux catégories de personnes de l'identité de genre vécue intimement, que celle-ci soit binaire ou non binaire»*.

10. La Cour écarta à cet égard les arguments objectés par le Conseil des ministres et, notamment, celui qu'*«il aurait fallu des adaptations particulièrement étendues et approfondies»* pour que le système juridique belge permette également la reconnaissance juridique d'une identité de genre non binaire. Elle fit valoir qu'*«on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances»* (B.6.6)⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ En évoquant ces *«grandes souffrances»*, la Cour a expressément repris les termes de l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 de la Cour européenne des droits de l'homme, alors qu'il s'était agi, dans le cas d'espèce, d'un transsexuel qui s'était soumis à des opérations de conversion sexuée dont on sait effectivement qu'elles peuvent être très lourdes. L'assimilation à cette situation de la situation d'une personne dont l'identité de genre serait non binaire et qui ne se serait dès lors soumise à aucune opération de conversion sexuée est discutable.

La Cour estima également que *«la circonstance que la Constitution accorde, à travers ses articles 10, alinéa trois, et 11bis, une importance particulière à l'égalité des hommes et des femmes n'implique pas que les catégories "homme" "femme" puissent être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge et n'empêche pas davantage de prendre des mesures visant à lutter contre des différences de traitement fondées sur une identité de genre non binaire»*.

11. La Cour a par conséquent annulé l'article 3 de la loi du 25 juin 2017 qui avait remplacé l'article 62bis du Code civil, en ce que cette nouvelle disposition légale ne prévoyait pas, pour les personnes dont l'identité de genre serait non binaire, la possibilité de modifier l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance afin que cet enregistrement corresponde à leur identité de genre. La Cour veilla par conséquent à préciser que l'inconstitutionnalité ainsi constatée ne portait pas sur le texte même de la loi mais *«sur l'absence dans la législation d'une possibilité comparable de modifier l'enregistrement du sexe sur la base d'une identité de genre non binaire»* (B.7.1).

2. La première branche du moyen

12. La Cour constitutionnelle n'examina qu'en second lieu la première branche du moyen relative aux personnes dont l'identité de genre serait fluide et évoluerait après une première modification du sexe enregistré dans l'acte de naissance, et qui *«doivent subir un enregistrement du sexe qui ne correspond pas à leur identité de genre, alors que les personnes dont l'identité de genre est binaire et non fluide ne sont pas tenues de subir le fait que leur sexe enregistré ne corresponde pas à leur identité de genre»* (B.8.1).

13. La Cour écarta ici aussi les arguments soulevés par le Conseil des ministres et, notamment, ceux tirés de l'indisponibilité de l'état des personnes⁽¹³⁾ et de la possibilité d'obtenir une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe dans le cadre d'une procédure introduite devant le tribunal de la famille, en répondant, d'une part, qu'*«il n'est pas raisonnablement justifié de tempérer l'indisponibilité de l'état des personnes dont l'identité de genre est binaire et non fluide, tout en maintenant cette indisponibilité vis-à-vis des personnes dont l'identité de genre est fluide»*, et, d'autre part, qu'il n'est pas justifié que pour une modification supplémentaire de l'enregistrement

⁽¹³⁾ Cet argument était assurément étonnant, dès lors que le législateur, en ayant voulu consacrer le principe de l'autodétermination de la personne au regard de son sexe, avait précisément lui-même mis à mal, à propos du sexe, la solution traditionnelle de l'indisponibilité de l'état de la personne. On peut supposer que l'argument que le Conseil des ministres cherchait à invoquer était davantage celui de la nécessité d'une certaine stabilité de l'identité juridique de la personne.

du sexe «*la procédure soit considérablement plus complexe que la procédure relative à une première modification*», qu'«*en outre cette procédure est limitée à des circonstances exceptionnelles, alors que la nécessité de procéder à plusieurs modifications pour les personnes dont l'identité de genre est fluide ne constitue pas nécessairement une circonstance exceptionnelle*» et qu'enfin cette procédure telle qu'elle a été organisée «*ne permet pas à une personne dont l'identité de genre est fluide d'obtenir plus de deux fois la modification de l'enregistrement*» (B.8.7).

14. La Cour décida dès lors que, «*compte tenu de ces considérations, il n'est pas raisonnablement justifié que, contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire et non fluide, les personnes dont l'identité de genre est fluide soient obligées d'accepter un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre et soient soumises à une procédure exceptionnelle devant le tribunal de la famille si elles souhaitent modifier plus d'une fois l'enregistrement du sexe dans leur acte de naissance*».

Elle annula par conséquent les dispositions de la loi du 25 juin 2017 qui, dans l'article 62*bis* du Code civil et dans l'article 2, alinéa 3, de la loi relative aux noms et prénoms, y faisaient état de ce que la modification de l'enregistrement du sexe était en principe irrévocable tout en organisant un recours en raison de circonstances exceptionnelles devant le tribunal de la famille, et qui prévoyaient qu'une personne transgenre ne pouvait à nouveau changer de prénom à des conditions plus avantageuses que pour autant que ce changement ait été autorisé par le tribunal de la famille lorsque celui-ci autorisait une nouvelle modification de l'enregistrement du sexe.

II. — Les effets dans le temps de l'arrêt de la Cour constitutionnelle

15. Pour les raisons qui seront ci-après explicitées, la décision prise par la Cour constitutionnelle d'annuler certaines dispositions de la loi du 25 juin 2017 n'aura pas d'effet immédiat.

La situation juridique qui résulte de l'arrêt se présente cependant différemment pour les personnes dont l'identité de genre serait «non binaire» et pour celles dont l'identité de genre serait «fluide».

A. — Les personnes dont l'identité de genre est «non binaire»

16. Le constat de la Cour constitutionnelle a été, pour ces personnes, celui d'une *lacune* de la loi du 25 juin 2017 qui, ainsi que la Cour l'a expressément relevé, ne pouvait pas être exprimée en des termes suffisamment précis et complets pour permettre à l'autorité compétente ou le cas échéant

au juge de mettre fin à la violation des normes constitutionnelles sur la base desquelles la Cour avait exercé son contrôle.

L'arrêt du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle ne pouvait donc de toute manière avoir d'effet immédiat pour les personnes dont l'identité de genre est « non binaire ».

Seul le législateur pourra, en l'espèce, exercer le pouvoir d'appréciation dont la Cour ne dispose pas, car, comme l'a indiqué la Cour, « *il y a plusieurs possibilités pour remédier à cette inconstitutionnalité* », même si la Cour n'en a en définitive évoqué que deux :

- 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* » ;
- la « *possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne* »⁽¹⁴⁾.

17. Bien que la Cour ait pris la peine de relever, à titre indicatif, qu'il avait été fait état lors des travaux préparatoires de ce que « *la mention du sexe disparaîtrait sans doute totalement de la législation interne* » (B.6.6, p. 33 de l'arrêt)⁽¹⁵⁾, cette solution, qui pourrait peut-être paraître la plus aisée à formuler dans un texte de loi, serait cependant la plus complexe à mettre en œuvre en pratique, et elle serait elle-même, me paraît-il, discriminatoire.

18. D'une part, imagine-t-on ce que pourrait représenter en Belgique la suppression du sexe pour l'identification juridique des hommes et des femmes ?

Outre qu'on ne peut évidemment pas, à l'égard de tous ceux qui disposent déjà de leur acte de naissance, supprimer rétroactivement la mention de leur sexe dans cet acte de naissance et qu'on introduirait une différence de traitement substantielle entre ceux qui sont déjà nés et ceux qui naîtraient à l'avenir, on ne va pas non plus rappeler toutes les cartes d'identité, tous les passeports et tous les documents administratifs déjà délivrés qui font expressément mention du sexe de la personne, sauf à postposer, lors des

⁽¹⁴⁾ On relèvera à nouveau la confusion qui semble être opérée entre le sexe — « *déterminé sur la base de caractéristiques biologiques, chromosomiques et physiques* » — et l'identité de genre — qui « *fait référence au vécu personnel de l'intéressé* » (voy. *supra*, n° 8).

⁽¹⁵⁾ Lors des débats en Commission de la justice de la Chambre, le ministre de la Justice avait effectivement laissé entendre que « *le mieux est l'ennemi du bien* », qu'« *il est important d'avancer graduellement* » et que « *la sagesse a été de ne pas aller plus loin, notamment concernant l'abrogation du genre dans la législation qui arrivera sans doute un jour dans le futur* » (Doc. parl., Ch. repr. sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 17).

Outre qu'on peut une nouvelle fois repérer là une confusion entre le sexe et le genre, pareille observation a été formulée de manière évasive par le ministre de la Justice, sans qu'elle n'ait fait l'objet d'une quelconque réflexion plus approfondie.

échéances de ces documents qui peuvent être très différentes, la suppression de la mention du sexe dans ces documents.

19. D'autre part — et cet aspect des choses est assurément plus fondamental — il paraît toujours autant indispensable de pouvoir juridiquement *identifier* les femmes et les hommes, ne fût-ce que pour leur rendre applicables les dispositions juridiques prenant en considération l'appartenance d'une personne au sexe féminin ou au sexe masculin.

Il s'agit bien sûr en premier lieu des dispositions relatives à la filiation maternelle et à la filiation paternelle et à la qualité de mère ou de père⁽¹⁶⁾, mais aussi des dispositions qui réservent aux femmes certaines protections spécifiques — telles la protection de la grossesse et de la maternité ou la protection contre les violences conjugales⁽¹⁷⁾ ou qui tendent à équilibrer la place respective des femmes et des hommes dans la société et, notamment, dans un certain nombre d'institutions ou d'organisations humaines.

20. Enfin, il serait tout autant difficilement concevable que la toute grande majorité de celles et ceux dont l'identité juridique sexuée s'est structurée en fonction de leur sexe soient subitement amputés de cet élément de leur identité qui les définit et auquel elles ou ils sont attachés, au motif que certaines personnes revendiqueraient de ne plus être un homme ou une femme voire même d'être les deux à la fois.

Il y aurait là une différence de traitement injustifiée, dès lors que, pour reprendre un raisonnement calqué sur celui de la Cour constitutionnelle, toutes les personnes dont l'identité sexuée est binaire ne pourraient plus obtenir l'enregistrement de leur sexe dans leur acte de naissance en conformité avec leur «identité de genre», alors qu'une petite minorité de personnes dont l'identité de genre serait non binaire bénéficieraient d'une identité juridique qui, conformément à leur identité de genre, ne ferait pas état de leur sexe féminin ou masculin.

Le coup qui serait d'ailleurs ainsi porté à ce qui reste assurément un des éléments fondamentaux de structuration de l'identité de l'être humain — l'être femme ou l'être homme — mettrait assurément à mal une des repré-

⁽¹⁶⁾ Concevrait-on qu'un enfant ne puisse plus non plus identifier sa mère et son père, en ne pouvant même plus les nommer juridiquement, parce qu'il n'y aurait plus de mères et de pères et que cet enfant n'aurait donc plus une mère et un père?

Rien que cette suppression, outre qu'elle bafouerait sans aucune nécessité un des repères symboliques les plus féconds de l'histoire de l'humanité (voy. *infra*, n° 36), empêcherait désormais tout enfant de se représenter, dès sa naissance, la place éminemment différente que sa mère et son père ont prise dans son avènement à l'existence.

⁽¹⁷⁾ On ne doit pas rappeler l'importance de l'instrument international que représente la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique qui n'est entré en vigueur en Belgique que depuis le 1^{er} mars 2016.

sentations les plus partagées de l'histoire humaine (voy. *infra*, n° 36), alors même qu'il existe précisément une autre solution appropriée pour ceux et celles dont l'identité de genre serait non binaire.

21. C'est donc, me paraît-il, presque nécessairement vers la création d'une catégorie supplémentaire d'identité sexuée que le législateur devrait se tourner pour se conformer à la décision prise par la Cour constitutionnelle, ainsi d'ailleurs que d'autres ordres juridiques étrangers ont déjà pu le décider⁽¹⁸⁾.

B. — *Les personnes dont l'identité de genre est « fluide »*

22. *A priori*, on aurait par contre pu s'attendre à ce que l'annulation des dispositions de la loi du 25 juin 2017 qui avaient consacré le caractère en principe irrévocable d'un changement de l'enregistrement du sexe ait conduit à faire disparaître ces dispositions de notre ordre juridique, avec la conséquence qu'elles n'auraient plus pu être appliquées dès que l'arrêt de la Cour constitutionnelle aurait été publié au *Moniteur*.

Il en aurait résulté :

- que l'officier de l'état civil n'aurait plus été tenu, lors de la première déclaration de changement de sexe, d'« *indiquer à l'intéressé le caractère en principe irrévocable de l'enregistrement du sexe mentionné dans l'acte de naissance* » ;
- que la seconde déclaration que la personne concernée est amenée à signer n'aurait plus indiqué qu'elle « *est consciente du caractère en principe irrévocable de la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance* » ;
- que la procédure organisée devant le tribunal de la famille pour obtenir une seconde modification de l'enregistrement de son sexe aurait semblé-il été supprimée ;
- qu'une personne qui aurait souhaité obtenir une nouvelle modification de l'enregistrement de son sexe n'aurait probablement eu qu'à recourir une nouvelle fois à la procédure telle qu'elle est organisée devant l'officier de l'état civil, sous réserve du contrôle qui aurait été exercé par le procureur du Roi⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ On songe particulièrement à la récente loi allemande du 18 décembre 2018, qui a d'ailleurs été consécutive à un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral du 8 novembre 2017, et qui permet d'inscrire un enfant intersexué sur les registres de naissance sous la mention « *fémmin* », « *masculin* » ou « *divers* » ou encore sans la mention du sexe.

⁽¹⁹⁾ On aurait sans doute pu concevoir, dès lors que cet avis du procureur du Roi porte d'une manière générale sur l'absence de « *contrariété à l'ordre public* » du changement de sexe envisagé, que ce contrôle aurait pu ou dû être exercé de manière plus approfondie lors d'une nouvelle déclaration de changement de sexe.

23. Ce serait cependant perdre de vue que seules les dispositions déclarées inconstitutionnelles de la loi du 25 juin 2017 ont été annulées.

Or, ce sont les articles 135/1 et 135/2 du Code civil, pour la modification de l'enregistrement du sexe, et l'article 370/3, § 4, du Code civil, pour le changement de prénom, qui, depuis leur entrée en vigueur au 31 mars 2019⁽²⁰⁾, régissent désormais le changement de sexe des personnes transgenres, et elles n'ont par contre pas été annulées, puisque la Cour n'avait pas été saisie d'un quelconque recours à leur encontre et ne pourra plus l'être, puisque le délai prévu pour un éventuel recours en annulation a depuis longtemps expiré⁽²¹⁾.

Le régime juridique de changement de sexe ne change donc pas dans l'immédiat⁽²²⁾, même si pareille solution est, convenons-en, assez formaliste.

24. Les personnes dont l'identité de genre serait «fluide» et qui souhaiteraient procéder à une nouvelle modification de l'enregistrement de leur sexe devront donc nécessairement, aussi longtemps qu'une nouvelle disposition législative ne serait pas éventuellement promulguée, introduire la procédure organisée par l'article 135/1, § 9, du Code civil devant le tribunal de la famille.

Si le tribunal acceptait de considérer qu'il y aurait des «*circonstances exceptionnelles*», cette personne pourrait alors obtenir du tribunal l'autorisation prévue par cette disposition légale, c'est-à-dire s'identifier à nouveau sous son sexe d'origine.

Si le tribunal devait considérer, au contraire, qu'il n'y aurait pas de «*circonstances exceptionnelles*» — ce qui *a priori* devrait être le cas puisque ces circonstances exceptionnelles n'ont pas été conçues à propos des personnes dont l'identité de genre serait «fluide», le tribunal serait alors très

La Cour constitutionnelle a d'ailleurs expressément considéré, dans son arrêt, que le contrôle exercé par le procureur du Roi constitue une mesure suffisante «*pour prévenir la fraude, dans le cas d'une éventuelle modification ultérieure, d'autant que tant l'officier de l'état civil que le procureur du Roi sont, dans ce dernier cas, au courant du fait qu'il s'agit d'une modification supplémentaire*» (B.8.4).

Voy., à propos de la portée de ce contrôle exercé par le procureur du Roi et des discussions intervenues au cours des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2017, J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 235, n^{os} 13 et 14.

⁽²⁰⁾ Les dispositions de la loi du 18 juin 2018 qui ont remplacé le Titre II du Livre premier du Code civil sont entrées en vigueur le 31 mars 2019 en vertu de son article 118, alinéa 1^{er}, telles que modifiées par l'article 186 de la loi du 21 décembre 2018.

⁽²¹⁾ Un nouveau délai de six mois permettant de solliciter l'annulation de ces dispositions ne se réouvrirait que si la Cour constitutionnelle se prononçait expressément, en réponse à une question préjudicielle, sur l'inconstitutionnalité de certaines des dispositions contenues dans l'article 135/1 et 370/3 du Code civil.

⁽²²⁾ En ce sens, voy. égal. P. CANNOOT, «Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af», *T. fam.*, 2020/1, pp. 17 et s., n^o 24.

vraisemblablement amené à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de la disposition insérée dans l'article 135/1, § 9, du Code civil.

Il est plus que probable que la Cour se prononcerait à propos du § 9 de cet article 135/1 introduit dans notre Code civil par la loi du 18 juin 2018 comme elle l'a fait à propos du § 10 de l'article 62*bis* du Code civil tel qu'il avait été remplacé par la loi du 25 juin 2017.

25. On pourrait sans doute se demander si le tribunal de la famille pourrait éventuellement se dispenser de poser cette question, par application des dispositions de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

Assez étrangement, cette disposition prévoit deux hypothèses *a priori* distinctes.

26. En son § 2, 2°, l'article 26 de la loi dispose que la juridiction saisie n'est pas tenue de poser une telle question préjudicielle «*lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique*».

N'est-ce pas *a priori* le cas?

Mais ce serait perdre de vue que, selon l'interprétation donnée à ce texte par d'excellents constitutionnalistes, «*l'identité d'objet requise concerne tant les normes législatives mises en cause que les griefs dirigés contre celle-ci*»⁽²³⁾.

Or précisément la Cour s'est en l'espèce prononcée dans son arrêt du 19 juin 2019 sur la constitutionnalité d'une autre norme législative que celle sur laquelle porterait la question préjudicielle.

27. Par contre, en son paragraphe 4, 4°, l'article 26 de la loi du 6 janvier 1989, qui concerne l'hypothèse où «*est invoquée devant une juridiction la violation... d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du Titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international*», cette juridiction n'est pas tenue de poser une question préjudicielle à propos d'une telle violation lorsqu'elle «*estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du Titre II de la Constitution est manifestement violée*».

Il n'est *a priori* pas cohérent que l'article 26, § 4, 4° ait été rédigé en des termes différents de l'article 26, § 2, 2°⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 220.

⁽²⁴⁾ Sur cette problématique, voy. not. B. RENAULD, «Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle», in *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'union européenne*, Limal, Anthemis, 2012, p. 104; C. HOREVOETS, «L'article 26 de la loi spéciale sur la

Mais ne conviendrait-il pas, si on s'en tient à une lecture grammaticale du texte de l'article 26, § 4, 4°, de considérer qu'à partir du moment où la violation qui serait invoquée est en l'espèce celle tout autant des articles 10, 11 et 22 de la Constitution que des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, il suffirait, pour qu'une question préjudicielle ne doive plus être posée à la Cour, que la juridiction saisie constate qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle — celui du 19 juin 2019 — a «*fait apparaître*» (l'arrêt va même plus loin que «*faire apparaître*») que les dispositions des articles 10, 11 et 22 du Titre II de la Constitution sont, aux yeux de la Cour, manifestement violées.

28. Il reste qu'il est plus que vraisemblable qu'à partir du moment où le Parlement se trouve contraint par l'arrêt de la Cour du 19 juin 2019 d'adapter notre législation pour les personnes dont l'identité de genre est «non binaire», il veillera aussi à réformer les dispositions législatives relatives aux personnes dont l'identité de genre est «fluide».

La Cour constitutionnelle s'est cependant limitée à considérer qu'il n'était pas raisonnablement justifié que ces personnes «*soient soumises à une procédure exceptionnelle devant le tribunal de la famille si elles souhaitent modifier plus d'une fois l'enregistrement de leur sexe dans leur acte de naissance*». Il n'en résulte pas qu'il ne serait pas raisonnablement justifié de mettre en œuvre une forme de contrôle du caractère sérieux de telles nouvelles modifications de l'enregistrement du sexe, car une chose est de permettre de choisir son identité sexuée et autre chose est de permettre qu'on puisse modifier de manière répétitive son identité sexuée⁽²⁵⁾.

Mais on rejoint là l'interrogation beaucoup plus fondamentale suscitée par cette évolution fulgurante de la perception anthropologique du sexe que la Cour constitutionnelle a elle-même contribué à accélérer.

Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation?», in *En hommage à Francis Delperee — Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2007, p. 643.

⁽²⁵⁾ Il est assurément difficile de déterminer, compte tenu de ce qu'il n'a été fait état ni dans les travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2017 ni dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle de données scientifiques et/ou statistiques, qui sont ces personnes dont «l'identité de genre est fluide» et qui souhaiteraient répétitivement faire modifier l'enregistrement de leur sexe.

L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes a depuis lors publié un rapport, consultable sur son site, reprenant les données issues du registre national depuis le 1^{er} janvier 1993 jusqu'au 30 septembre 2019 inclus. Il en résulte que, depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018 de la loi du 25 juin 2017, c'est-à-dire une période de un an et neuf mois, il y a eu autant d'enregistrements de changement de sexe (1.139) que pendant toute la période antérieure, c'est-à-dire une période de 20 années (1.054).

Ces statistiques ne concernent bien sûr que les personnes dont l'identité de genre est *a priori* binaire et non fluide.

III. — Que penser ?

29. L'arrêt de la Cour constitutionnelle est impressionnant, non pas tant qu'il aurait été imprévisible, mais en raison des effets que l'idéologie de l'autodétermination de la personne peut produire à l'égard d'une des dimensions de l'être humain qui est *a priori* complètement déterminée : son sexe.

Le législateur avait posé le principe de cette autodétermination sans en mesurer toutes les conséquences possibles ou, plus exactement, il avait estimé devoir en circonscrire les conséquences possibles, dès lors qu'il y avait précisément imposé certaines limites : une personne pourrait librement changer de sexe, mais elle ne pourrait qu'adopter l'autre sexe — masculin ou féminin — que son sexe d'origine, et elle ne le pourrait, en principe, qu'une seule fois.

Or, la Cour constitutionnelle a détricoté ces limites au nom précisément de ce principe d'autodétermination posé par le législateur.

30. Les réactions face à de telles « avancées », tant parmi les juristes qu'au sein de la population, sont on ne peut plus contrastées.

Il y a ceux qui applaudissent, en y voyant, dans la foulée de certaines recommandations internationales, la consécration des droits humains des personnes transgenres.

Mais il y a aussi tous ceux qui restent bouche bée tant il leur paraît qu'une déconstruction si radicale du « réel » par la Loi est incompréhensible, dès lors que le sexe de l'être humain ne relève pas et ne peut pas relever de son « autodétermination ».

31. Ce qui est en tout cas très interpellant, c'est comment on a pu, tant lors des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2017 que lors des débats devant la Cour constitutionnelle, subitement éclipser toute référence à la dimension médicale de la problématique et ne plus entrevoir dans la « transidentité » que l'exercice d'une « liberté fondamentale » qu'il appartiendrait au législateur de reconnaître et de consacrer.

C'est comme s'il avait simplement suffi de quelques années pour que le transsexualisme cesse d'être appréhendé comme un syndrome d'ordre médical dont il y avait lieu jusque-là de chercher à comprendre les causes biologiques et/ou psychosociales et auquel il convenait de chercher à apporter une réponse appropriée en termes médicaux.

Pareille analyse a donc tout à coup été disqualifiée, et il n'y aurait plus rien — ou il ne pourrait plus rien y avoir — qui serait « déterminé », ni physiologiquement, ni psychologiquement, lorsqu'une personne choisirait de délaisser son sexe de naissance.

Il ne s'agirait plus que de ce qu'elle «*ressent*»⁽²⁶⁾ et ce serait dès lors à elle d'en décider discrétionnairement elle-même.

Cette mutation — oserais-je dire cette métamorphose — est difficile à comprendre, d'autant qu'elle a davantage été présentée lors des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2017 comme une pétition de principe plutôt qu'elle n'a été fondée sur une argumentation scientifique.

32. Nous ne sommes assurément pas les mieux placés, nous juristes, pour qualifier médicalement le transsexualisme, tout comme d'ailleurs l'intersexuation.

Nous savons depuis longtemps que des enfants peuvent naître et/ou se développer intersexués, c'est-à-dire avec des caractéristiques sexuées de l'un et l'autre sexe ou à tout le moins des caractères sexués difficiles à appréhender comme relevant catégoriquement de l'un ou l'autre sexe.

Nous savons depuis longtemps aussi que certaines personnes, parfois dès l'enfance et/ou l'adolescence, peuvent éprouver un sentiment très puissant d'appartenir psychiquement à un autre sexe que leur sexe biologique qui, par contre, avait morphologiquement pu être clairement déterminé lors de leur naissance.

Comme nous sommes particulièrement attentifs, nous juristes, à prendre en compte de telles situations qui peuvent être douloureuses à vivre, nous cherchons, dans une société démocratique soucieuse du respect des spécificités de chaque être humain, à élaborer des solutions qui seraient justes et adéquates.

33. Mais, ces situations, comme tant d'autres, sont des situations qui relèvent d'abord de la médecine, au sens où c'est la science médicale qui peut tenter de les comprendre, de les expliquer et d'y trouver d'éventuels remèdes.

C'est ce à quoi la médecine s'était précisément attelée, en ayant au demeurant distingué les situations de transsexualisme et d'intersexuation.

Dans un premier temps, le transsexualisme, à la différence de l'intersexuation, avait été analysé comme un syndrome qui ne se caractérisait *a priori* par aucune anomalie sexuelle physiologique⁽²⁷⁾ et qui relevait davantage de la structuration psychique de l'identité sexuée.

⁽²⁶⁾ On a rappelé ci-avant (n° 3) que, selon les termes de la circulaire du ministre de la Justice, «*la personne décide entièrement par elle-même comment elle se sent*».

⁽²⁷⁾ Voy. D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, 1994, p. 39.

Cet auteur faisait cependant déjà état de l'hypothèse d'une «*anomalie due à un défaut de l'imprégnation hormonale provoquant un dysfonctionnement de la différenciation sexuelle cérébrale*».

D'après ce que je crois comprendre des recherches récentes, il serait plus que vraisemblable que le transsexualisme s'explique par un développement cérébral atypique, lors de certaines périodes de la formation du cerveau et, notamment, pendant l'embryogenèse, «*sous l'influence d'une imprégnation hormonale altérée et d'un polymorphisme génétique particulier*»⁽²⁸⁾.

Comme l'intersexualité paraît procéder aussi d'un dysfonctionnement de la différenciation sexuelle qui s'opère dès le stade embryonnaire et qui pourrait aujourd'hui ne pas être étranger aux effets délétères des polluants sur le développement des hormones masculines et féminines⁽²⁹⁾, le transsexualisme pourrait n'être en définitive qu'une forme d'intersexuation, au sens où le sexe cérébral du transsexuel se serait développé de manière inverse à ses autres caractères sexués.

En d'autres termes, et sous réserve évidemment qu'il ne peut s'agir là que d'hypothèses telles qu'elles peuvent au surplus avoir été comprises par un juriste, l'intersexuation et le transsexualisme seraient des «accidents» du processus physiologique de différenciation sexuée qui «déterminent», sans qu'ils ne l'auraient choisi, l'identité sexuée des transsexuels comme des intersexués, exactement d'ailleurs comme l'être né homme ou l'être né femme, pour les êtres humains qui n'ont pas été affectés par de tels «accidents», leur est tout autant imposé dès la naissance.

34. C'est pourquoi l'affirmation aussi catégorique selon laquelle la détermination juridique du sexe relèverait désormais d'un principe d'auto-détermination est contestable.

Que, dans des situations telles que l'intersexuation et le transsexualisme où le processus physiologique de différenciation sexuée s'est opéré de manière telle qu'une personne n'appartient pas de manière claire au sexe masculin ou au sexe féminin, le choix puisse être laissé à la personne elle-même du sexe masculin ou du sexe féminin ou d'un éventuel sexe «neutre» lorsqu'il ne lui serait pas possible de s'identifier au sexe masculin ou au sexe féminin, c'est assurément une solution juridique qui, dans une société démocratique, est respectueuse des spécificités d'une personne.

Ce n'est pas pour autant qu'un tel choix ne devrait plus faire l'objet d'aucun accompagnement médical dès lors qu'il s'agirait précisément d'un

⁽²⁸⁾ Voy. A.-V. BUTTY et F. BIANCHI-DEMICHELI, «Le point sur les étiologies biologiques de la transsexualité», *Rev. méd. suisse*, 2016, p. 534.

⁽²⁹⁾ On peut lire, sur le site du magazine *Châtelaine* (<https://fr.chatelaine.com/societe/davantage-dintersexes-lenvironnement-en-cause/>) les propos de la docteure Arianne Giacobino qui explique «*les polluants miment les hormones et influencent le développement sexuel en modifiant la chimie du génome*». Un pédiatre de Montréal explique aussi qu'à son hôpital cinq bébés intersexués sont nés en 2013, et qu'il s'attend à en voir sept ou huit en 2014 alors qu'«*avant 2005 c'était un tous les deux ou trois ans*».

syndrome d'ordre médical, ni surtout qu'il y a lieu d'ériger le principe d'autodétermination comme étant désormais à la base de la détermination juridique du sexe de chaque être humain.

35. Comme on le sait, la Cour européenne des droits de l'homme⁽³⁰⁾ a validé, au regard du respect des droits fondamentaux, l'exigence d'un diagnostic médical préalable à l'enregistrement du changement de sexe d'une personne. Pareille exigence tend en effet, d'une part, à faire en sorte que les personnes «*ne s'engagent pas erronément dans une procédure de changement légal de leur identité*» (§ 141 de l'arrêt) et, d'autre part, rencontre l'intérêt général de la société à préserver «*la fiabilité et la cohérence de l'état civil*» (§ 142 de l'arrêt)⁽³¹⁾.

Il n'y a effectivement rien de déshonorant à se faire assister par un médecin lorsqu'une personne est confrontée à un problème d'ordre médical, et il n'y a pas davantage d'ingérence déraisonnable dans la vie privée d'une personne à lui demander qu'un médecin confirme l'existence d'un syndrome d'intersexuation ou de transsexualisme à l'appui du choix libre et éclairé qui pourra alors être effectué par cette personne.

36. Mais c'est surtout l'idée que toute personne pourrait désormais, indépendamment de toute considération médicale quelconque, disposer discrétionnairement de son identité sexuée et, au surplus, en changer librement autant de fois qu'elle le déciderait qui interpelle⁽³²⁾, alors que notre identité sexuée ne peut pas être détachée d'un «*donné*» avec lequel il nous appartient de composer, sauf à considérer que le «*réel*» ne devrait même plus représenter une limite venant inéluctablement circonscrire les volontés individuelles.

⁽³⁰⁾ Arrêt *A. P., Garçon et Nicot c/ France* du 6 avril 2017.

⁽³¹⁾ Les regards qui ont pu être portés sur cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sont tout autant contrastés.

D'aucuns l'ont critiqué, en ce que la Cour perpétuerait une approche «*biologique*» du sexe et stigmatiserait les personnes transgenres en laissant entendre qu'elles souffriraient d'une pathologie.

Mais la Cour n'a précisément pas sous-estimé la dimension biologique de la différenciation sexuée, et ce n'est pas stigmatiser de prendre en compte la réalité d'un syndrome d'ordre médical. Reconnaître un syndrome médical n'implique en aucune manière qu'on sous-entendrait implicitement qu'il y aurait là une quelconque affection psychiatrique ou pathologie mentale. Comme on le fera observer ci-après, n'est-ce pas au contraire la revendication de gommer toute inscription quelconque du sexe dans le «*réel*» qui est problématique?

⁽³²⁾ Que l'on mesure bien, une nouvelle fois, d'où on vient et où on cherche à nous faire aller.

On ne peut pas en effet mettre sur le même pied, d'une part, un transsexuel qui souffre du syndrome médical de transsexualisme ou un bébé intersexué, et, d'autre part, une personne qui entend revendiquer de pouvoir déterminer discrétionnairement son sexe, ou de n'en avoir aucun, ou encore d'en changer régulièrement.

C'est là que le prétendu «*principe d'autodétermination*» est venu semer la confusion.

D'où a pu venir cette conception selon laquelle toute personne pourrait désormais s'affranchir complètement de son corps et déterminer par la puissance de sa seule volonté qu'elle appartiendrait à un autre sexe que celui qui lui avait été attribué par l'effet de ce qu'on appelait encore jusqu'il y a peu les lois de la nature ou du vivant?

Qu'est-ce qui peut nous faire aujourd'hui penser, en Occident, que l'Homme ne serait plus inscrit dans une histoire qui ne nous fait pas naître de nulle part et que nous n'avons assurément pas choisie, car nous n'avons pas choisi nos parents, ni le moment ni les circonstances de notre conception, ni le corps qui nous a été façonné?

Qu'est-ce qui peut nous faire penser qu'un être humain pourrait se façonner à lui tout seul une autre identité sexuée, sans aucune intervention d'une quelconque instance sociétale, alors que l'être humain est un être de lien et que c'est de la société dans laquelle il vit et où il grandira qu'il reçoit les composantes de son identité grâce auxquelles il sait qui il est⁽³³⁾.

37. Cette tendance à vouloir affranchir l'être humain des limites qui lui sont simplement imposées par la «condition humaine» est sans doute aujourd'hui valorisée par ceux qui défendent l'idée qu'on pourrait, sans en craindre aucun effet pervers⁽³⁴⁾, laisser les êtres humains disposer le plus librement possible, chacun pour soi, de leur «*vie privée*».

C'est gommer toutefois que les êtres humains ne peuvent exister et vivre ensemble qu'en acceptant de se soumettre à un ensemble de repères communs qui non seulement font sens pour la construction psychique par chacun de nous de notre identité individuelle mais qui au surplus constituent le socle de notre nécessaire organisation en une «société».

38. Or, précisément, il y a d'autant plus à s'interroger — et à s'inquiéter — qu'on voit actuellement se développer en Occident une idéologie radicale qui entend déconstruire et «dénaturaliser» un de ces repères communs qui procèdent de la «condition humaine»: la différence des sexes.

Il n'y aurait même plus, pour les militants de cette idéologie, à reconnaître la différence des sexes et à nommer que, dans l'espèce humaine, il y a des hommes et des femmes, qu'un homme n'est pas une femme et qu'une femme n'est pas un homme, et qu'au contraire ils sont l'un et l'autre différents.

⁽³³⁾ N'est-ce pas une profonde illusion de croire qu'une personne est d'autant plus libre qu'elle n'aurait pas reçu d'autrui (c'est-à-dire de son environnement familial et sociétal) les éléments essentiels de son identité?

⁽³⁴⁾ J'entends ce terme dans son acception psychologique, c'est-à-dire les effets délétères pour Soi et pour Autrui des actes d'un sujet qui ne s'estime soumis à aucune Loi ou aucune limite.

Au prétexte que la reconnaissance sociale et culturelle de cette différence a pu servir à légitimer le patriarcat ou l'hétéronormativité, un certain courant de pensée revendique de faire disparaître du langage humain l'être homme et l'être femme, et entend récuser tout ordre autant « naturel » que « symbolique »⁽³⁵⁾ qui n'aurait prétendument jamais été rien d'autre qu'une fausse « lecture » destinée à justifier un ordre social par lequel les hommes et/ou les hétérosexuels auraient imposé leur pouvoir et/ou leur normativité.

Mais est-ce parce que des normes sociales inégalitaires et opprimantes ont pu être élaborées sur le socle de la différence des sexes que ce socle n'existerait pas ou ne devrait plus exister ?

On a pu lire sous la plume d'une féministe radicale la proposition tout aussi radicale suivante :

« La catégorie de sexe est une catégorie totalitaire (...). Elle forme l'esprit tout autant que le corps puisqu'elle contrôle toute la production mentale. Elle possède nos esprits de telle manière que nous ne pouvons pas penser en dehors d'elle. C'est la raison pour laquelle nous devons la détruire et commencer à penser au-delà d'elle si nous voulons commencer à penser vraiment, de la même manière que nous devons détruire les sexes en tant que réalité sociologique si nous voulons commencer à exister »⁽³⁶⁾.

Là se trouve ce qui est effectivement très inquiétant. On en vient à qualifier de « totalitaire » tout ce qui peut faire « loi », car la liberté devrait être comprise comme ce qui permettrait de se débarrasser de toute contrainte quelconque, y compris même les contraintes du langage. C'est ce que les Grecs avaient appelé l'« hybris » (ou la démesure) et que la psychanalyse a pu appeler le fantasme de « toute-puissance ».

On peut cependant espérer, à la lumière des crises récentes auxquelles a pu conduire le fantasme de toute-puissance — qui est déni du Réel — qu'on s'en tiendra à plus de sagesse et, notamment, celle qui consiste à accepter que la différence des sexes est constitutive de la « condition humaine ».

⁽³⁵⁾ On ne doit pas rappeler qu'on peut appeler « symbolique » la manière dont l'Homme va « nommer » ce qu'il parvient à appréhender du « réel » afin de permettre aux hommes, en se parlant, de vivre les uns avec les autres. Bien sûr qu'il y a un effet de langage — et donc du symbolique — dans la manière d'avoir nommé et distingué l'homme et la femme, mais, dans le même temps, pareille « construction » repose sur des différences « naturelles » procédant d'une lecture du « réel ».

⁽³⁶⁾ M. WITTIG, *La catégorie de sexe*, citée par N. CHETCUTI, De « On ne naît pas femme » à « On n'est pas femme ». De Simone de Beauvoir à Monique Wittig, *Genre, sexualité et société*, 1/Printemps 2009, mis en ligne le 9 juillet 2009, consulté le 7 janvier 2019.