

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. (b.), arrêt n° 99/2019, 19 juin 2019)

PAR

Geoffrey WILLEMS

Professeur à l'UCLouvain

Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine

Résumé

La loi belge du 25 juin 2017 a significativement amélioré la condition des personnes transgenres en affirmant que la reconnaissance juridique de leur identité vécue ne pouvait être suspendue à aucune condition d'ordre médical. Sur le recours en annulation formé par trois associations, la Cour constitutionnelle belge a néanmoins jugé ces progrès insuffisants dès lors que le régime réformé ne permettait pas l'expression juridique des identités non binaires ou fluides. L'arrêt d'annulation partielle rendu le 19 juin 2019 invite alors le législateur à revoir sa copie pour prendre en compte les personnes dont le genre échappe aux catégories binaires du masculin et du féminin et/ou est sujet à des fluctuations dans le temps. Après un bref rappel de l'évolution législative, la présente contribution expose les ressorts de la décision de la Cour constitutionnelle et examine, à la lumière des directives internationales et des exemples étrangers, l'alternative qui se présente aujourd'hui au législateur, entre flexibilisation et abolition du sexe civil.

Abstract

The Belgian law of 25 June 2017 had already significantly improved the condition of transgender persons by affirming that the legal recognition of their perceived identity could not be subject to any medical requirement. However, three associations successfully challenged the law before the Belgian Constitutional Court arguing that this progress

ANTHEMIS

was insufficient as the reformed regime did not allow the legal expression of non-binary or fluid identities. The decision handed down on 19 June 2019 accordingly invites the legislator to change the law again in order to take into account persons whose gender escapes the binary categories of masculine and feminine and/or is subject to fluctuations over time. After a brief review of legislative developments, this contribution sets out the rationale of the Constitutional Court's decision and examines, in the light of international guidelines and foreign examples, the alternative that the legislature is now faced with, between flexibilisation and abolition of sex registration.

Introduction

La loi belge du 25 juin 2017 a significativement amélioré la condition des personnes transgenres en affirmant que la reconnaissance juridique de leur identité vécue ne pouvait être suspendue à aucune condition d'ordre médical. Sur le recours en annulation formé par trois associations, la Cour constitutionnelle belge a néanmoins jugé ces progrès insuffisants dès lors que le régime réformé ne permettait pas l'expression juridique des identités non binaires ou fluides. L'arrêt d'annulation partielle rendu le 19 juin 2019 invite alors le législateur à revoir à nouveau sa copie pour prendre en compte les personnes dont le genre échappe aux catégories binaires du masculin et du féminin et/ou est sujet à des fluctuations dans le temps. Après un bref rappel de l'évolution législative en Belgique (I), la présente contribution expose les ressorts de la décision de la Cour constitutionnelle (II) et examine, à la lumière des directives internationales et des exemples étrangers, l'alternative qui se présente aujourd'hui au législateur, entre flexibilisation et abolition du sexe civil (III).

I. Bref rappel de l'évolution législative

Dès avant l'adoption de la première loi belge sur le transsexualisme, en 2007, la jurisprudence majoritaire accueillait les actions tendant à la reconnaissance civile du changement de sexe en y voyant tantôt une simple action en rectification de l'état civil, tantôt une nouvelle action d'état, tantôt encore une action hybride empruntant à l'action en rectification et à l'action d'état¹. La nature

¹ Voy., pour une analyse approfondie de cette jurisprudence, S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 64 et s. et les sources citées.

jurisprudentielle de ces solutions induisait, cependant, des incertitudes et controverses quant aux conditions et effets du changement de sexe², tandis que le recours au juge était parfois perçu comme une contrainte excessive imposée aux personnes transsexuelles.

A. La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité

C'est, dès lors, notamment pour mettre fin à l'insécurité juridique et alléger le processus de modification du sexe juridique que le législateur belge a adopté la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité³. Il s'agissait également pour la Belgique de veiller à se conformer pleinement à ses obligations internationales⁴ telles qu'elles découlaient de l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* rendu quelques années plus tôt par la Cour de Strasbourg et obligeant les États à reconnaître civilement le sexe chirurgicalement réassigné et à permettre le mariage entre une personne transsexuelle et une personne du sexe opposé à son nouveau sexe⁵.

Les dispositions introduites dans le Code civil et le Code judiciaire permettaient aux personnes transsexuelles d'obtenir la modification de leur sexe civil au terme d'une procédure entièrement administrative en prévoyant, toutefois, un recours devant le tribunal au profit du ministère public et de tout intéressé. Quant aux conditions de fond, la loi relative à la transsexualité exigeait non seulement que la personne transsexuelle ait la conviction «intime, constante et irréversible» d'appartenir à l'autre sexe, mais également qu'elle ait subi une «réassignation sexuelle [la faisant] correspondre au sexe opposé» et qu'elle ne

² *Ibid.*, pp. 65-71.

³ *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.

⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-903/1, pp. 4-7.

⁵ Cour eur. dr. h, arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002. L'évolution jurisprudentielle au terme de laquelle la Cour a finalement cristallisé ces exigences européennes a donné lieu à des commentaires approfondis et contrastés dans cette *Revue*. Voy. par ordre chronologique: Fr. RIGAUX, «Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées», obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *cette Revue*, 1998, pp. 130 et s.; M. LEVINET, «La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme», obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, *cette Revue*, 1999, pp. 646 et s.; P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, «La folie dans la loi – Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme», *cette Revue*, 2003, pp. 1153 et s.; J.-M. LARRALDE, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle», *cette Revue*, 2006, pp. 35 et s.

soit « plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent », l'ensemble devant être attesté par un psychiatre et un chirurgien.

Malgré le progrès qu'elle constituait indubitablement pour les personnes concernées, la loi a d'emblée fait l'objet de critiques. En particulier, les conditions médicales de réassignation et de stérilité contrariaient les vœux exprimés par certains collectifs « trans »⁶. En 2009⁷ et 2013⁸, des rapports commandités par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH) ont fait valoir que ces conditions étaient contraires aux droits fondamentaux des personnes transgenres.

Il est vrai que, dès mars 2007, un groupe international d'experts travaillant sous l'égide informelle des Nations Unies⁹ avait formulé des principes relatifs à l'orientation sexuelle et d'identité de genre – les Principes de Jogjakarta¹⁰ – prévoyant notamment que « *personne ne [serait] forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre* ». En outre, dans sa résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (A.P.C.E.) a également pu inviter les États à abolir « *la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires, ainsi que le diagnostic de santé mentale en tant qu'obligation juridique préalable à la reconnaissance de l'identité de genre* »¹¹.

⁶ A. WOELFLE, « Vers une révision prochaine de la loi relative à la transsexualité? », Les @nalyses du CRISP en ligne, 30 juin 2015, pp. 7-10, consultable à l'adresse www.crisp.be/crisp/wp-content/uploads/analyses/2015-06-30_ACL-Woelfle_A-2015-Vers_une_revision_prochaine_de_la_loi_relative_a_la_transsexualite.pdf.

⁷ J. MOTMANS, « Être transgenre en Belgique – Un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres », IEFH, 2009, consultable à l'adresse <https://igvm-iefh.belgium.be>.

⁸ P. BORGHS, « Les critères médicaux dans la loi relative à la transsexualité – Étude de droit comparé menée pour le compte de l'institut pour l'égalité des Femmes et des Hommes », IEFH, 2013, consultable à l'adresse <https://igvm-iefh.belgium.be>.

⁹ L'idée de ces principes est née lors d'une rencontre, fin 2004, à Genève, entre la Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations-Unies Louise Arbour et des activistes LGBT. Voy., sur leur genèse, M. O'FLAHERTY et J. FISHER, « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles », *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 207-248.

¹⁰ 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>.

¹¹ A.P.C.E., Résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015: La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, consultable à l'adresse <https://assembly.coe.int>.

B. La loi du 25 juin 2017 réformant « des » régimes relatifs aux personnes transgenres

C'est dans ce contexte que le gouvernement belge a déposé, le 4 avril 2017, un projet de loi ayant expressément vocation à mettre le droit belge en conformité avec les obligations internationales de la Belgique¹². Deux mois plus tard, le Parlement votait 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 effets¹³. Entre le dépôt du projet du gouvernement et l'adoption de la loi, la Cour européenne des droits de l'homme avait pu rendre un arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*¹⁴ condamnant expressément les exigences de réassignation et de stérilité imposées par le droit français antérieur à l'adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁵.

Le nouveau régime belge applicable aux personnes transgenres est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Le changement de paradigme s'exprimait d'emblée dans l'intitulé de la loi. Il n'était plus question de « transsexualité » mais bien des « personnes transgenres ». La perspective n'était donc plus celle du « sexe » conçu comme le reflet de la constitution biologique, mais bien celle du « genre » compris comme une émanation du vécu intime de l'individu. En outre, il était

¹² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 3.

¹³ *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465. Voy. pour des analyses et commentaires détaillés : E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018, pp. 261 et s. ; J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, pp. 229 et s. ; S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », in J. Sosson (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Larcier, Bruxelles, 2018, pp. 7-52 ; G. WILLEMS, « La loi belge du 25 juin 2017 réformant le statut des personnes transgenres », *Revue juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 2018/5, pp. 61 et s.

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *A. P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017. Voy. notamment, à propos de cet arrêt, P. CANNOT, « *A.P., Garçon and Nicot v. France*: the Court draws a line for trans rights », *Strasbourg Observers*, 5 mai 2017, consultable à l'adresse <https://strasbourgobservers.com> et B. MORON-PUECH, « L'arrêt *A. P., Nicot et Garçon c. France* ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », *La Revue des droits de l'homme [en ligne]*, 3 mai 2017, consultable à l'adresse <https://journals.openedition.org/revdh>.

¹⁵ Voy. l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, publiée au *Journal officiel* du 19 novembre 2016, qui insère un article 61-6 dans le Code civil qui dispose notamment que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande » de modification de la mention du sexe à l'état civil.

renvoyé désormais aux « personnes » plutôt qu'à la « sexualité », ce qui était évidemment plus adéquat puisque c'était l'identité sexuelle des individus, et non leurs rapports ou leurs relations sexuelles, qui était concernée¹⁶.

Sur le fond, la loi franchissait un cap significatif en supprimant aussi bien l'intervention du psychiatre et du chirurgien que les conditions de réassignation sexuelle et de stérilité. Seule compte, en somme, à présent la conviction acquise « *depuis un certain temps déjà* » par la personne transgenre que « *le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement* » (art. 62bis, §§ 1^{er} et 3, C. civ.). Il s'agissait là évidemment d'une extension considérable de la liberté reconnue à la personne de déterminer les éléments qui composent son identité juridique, mais cette liberté se trouvait limitée de deux façons. D'une part, les personnes transgenres ne peuvent obtenir que la modification de l'enregistrement du sexe féminin en sexe masculin ou la modification de l'enregistrement du sexe masculin en sexe féminin (art. 62bis, § 2, 1^o, C. civ.). Il n'est donc pas possible d'être enregistré comme appartenant aux deux sexes ou comme n'appartenant à aucun des deux sexes. D'autre part, la modification de l'enregistrement du sexe est en principe irrévocable et l'officier de l'état civil doit expressément y insister auprès des personnes concernées (art. 62bis, § 3, C. civ.). Il est néanmoins possible d'obtenir une nouvelle modification, moyennant une procédure devant le tribunal de la famille et la mise en évidence de « *circonstances exceptionnelles* » (art. 62bis, § 10, C. civ.).

La loi tendait donc à aménager un certain équilibre entre l'autodétermination de la personne et l'indisponibilité de l'état civil. Il découle de ce parti pris de l'« autodétermination encadrée »¹⁷ que le régime mis en place en 2017 n'offre guère de solution aux personnes dont l'identité de genre est « non binaire » et échappe aux catégories du masculin et du féminin ou aux personnes dont l'identité de genre est « fluide » et susceptible de fluctuer dans le temps.

II. La décision de la Cour constitutionnelle

Ce sont ces questions spécifiques de la non-binarité ou de la fluidité de genre que trois associations représentatives des personnes transgenres – Çavaria, Maison Arc-en-Ciel et Genres Pluriels – ont posées à la Cour constitutionnelle belge dans le cadre d'un recours en annulation formé contre la loi du 25 juin 2017. À leurs yeux, la nouvelle loi opérait une distinction discrimina-

¹⁶ L'inadéquation de la référence à la sexualité avait pu être soulignée dès l'entrée en vigueur de la loi de 2007 (voy. notamment S. CAP, *op. cit.*, p. 59).

¹⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/4, p. 5

toire puisque les personnes transgenres dont le genre est « binaire » et « fixe » (elles se vivent, de manière stable, comme un homme ou une femme) pouvaient voir leur identité reconnue par le droit, tandis que celles dont le genre échappe aux catégories masculine et féminine (non binaire) ou bien dont le genre varie dans le temps (fluide) ne bénéficiaient pas d'une telle reconnaissance juridique.

A. Précisions préliminaires

1. Aspects terminologiques : le choix des termes utilisés

Préalablement à l'analyse du moyen articulé par les associations requérantes, la Cour s'est employée à une opportune mise au point terminologique.

Elle a constaté, d'une part, que les parties s'entendaient sur la distinction à opérer entre le « sexe » qui est enregistré lors de la naissance sur base de « caractéristiques biologiques, chromosomiques et physiques » et le « genre » qui fait référence au « vécu personnel de l'intéressé » (B.2.2.). Cependant, les requérantes se référaient à la « modification de l'enregistrement du genre » plutôt qu'à la « modification de l'enregistrement du sexe » visée par le législateur. La Cour a admis qu'ensuite de la réforme de 2017, la mention figurant sur l'acte de naissance pouvait correspondre soit au sexe¹⁸, soit au genre¹⁹, soit aux deux²⁰, mais a choisi d'utiliser, dans son arrêt, l'expression retenue par le législateur, « afin d'éviter toute confusion » et « sans qu'il puisse en être déduit des effets normatifs » (B.2.2.). Dans le même ordre d'idées, nous nous référerons, dans les développements ci-après, au « sexe civil » pour désigner la mention figurant à l'état civil en considérant qu'elle peut correspondre au sexe et/ou au genre de l'individu.

La Cour a constaté, d'autre part, que les parties ne s'entendaient par contre pas sur la notion de personne « transgenre ». Pour les requérantes, ce terme renvoyait à « toutes les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe initialement enregistré », en ce compris les personnes dont l'identité de genre « évolue dans le temps » ou « ne correspond pas aux catégories binaires 'homme' ou 'femme' ». Le Conseil des ministres jugeait quant à lui que de

¹⁸ Songeons à une personne qui a développé une identité de genre différente de son sexe de naissance mais n'a pas sollicité la modification de son état civil : la mention reflète le sexe, mais pas le genre.

¹⁹ Songeons à une personne qui a développé une identité de genre différente de son sexe de naissance et a sollicité la modification de son état civil : la mention reflète le genre, mais pas le sexe.

²⁰ Songeons à une personne « cisgenre », c'est-à-dire une personne dont le sexe biologique et l'identité vécue sont alignés : la mention de l'état civil reflète aussi bien le sexe que le genre.

telles personnes n'étaient pas des personnes transgenres, mais des personnes «intergenres», en sorte qu'elles ne relevaient pas du champ d'application de la loi du 25 juin 2017. La Cour a choisi, quant à elle, de faire référence, pour désigner ces personnes, aux personnes «dont l'identité de genre est fluide», d'une part, et aux personnes «dont l'identité de genre est non binaire», d'autre part (B.2.4.).

2. Aspects légistiques: la portée du recours en annulation

Le recours en annulation était articulé contre les articles 3 et 11 de la loi du 25 juin 2017 qui avaient respectivement remplacé le contenu de l'article 62*bis* du Code civil et de l'article 2 de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms²¹. Or, l'une et l'autre de ces dispositions avaient, au moment où la Cour constitutionnelle a statué, d'ores et déjà été abrogées.

D'une part, la loi du 18 juin 2018 portant – notamment – modernisation de l'état civil²² a remplacé l'intégralité du Titre II du Livre I^{er} du Code civil consacré à l'état civil et «délocalisé» le contenu de l'article 62*bis* relatif à la modification de l'enregistrement du sexe vers un nouvel article 135/1 lui-même inclus dans un nouveau Titre IV/1 intitulé «De la modification de l'enregistrement du sexe». Depuis le 31 mars 2019, c'est donc cette nouvelle disposition – et plus l'ancien article 62*bis* – qui prévoit les règles applicables à la modification de l'enregistrement du sexe.

D'autre part, la même loi du 18 juin 2018 portant – par ailleurs – réforme du changement de nom et de prénom a abrogé la loi du 15 mai 1987 et «relocalisé» le contenu de son article 2 relatif au changement de prénom des personnes transgenres dans un nouvel article 370/3, § 4, du Code civil, lui-même inclus dans un nouveau Titre VIII/1 intitulé «Des noms et prénoms». Depuis le 31 mars 2019, c'est donc cette nouvelle disposition – et plus l'ancien article 2 de la loi du 15 mai 1987 – qui contient les règles applicables au changement de prénom des personnes transgenres²³.

²¹ *M.B.*, 10 juillet 1987, p. 10774.

²² Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455. Voy. aussi S. CAP et G. WILLEMS, «La loi du 18 juin 2018 et l'avènement d'un état civil adapté au XXI^e siècle, numérique et centralisé», *J.T.*, 2019, p. 557-561.

²³ L'on indique par souci de précision que la loi du 18 juin 2018 a, en réalité, dans un même mouvement remplacé le contenu de l'article 2 de la loi du 15 mai 1987 (article 119) et abrogé intégralement cette même loi (article 117). L'explication de cette incongruité tient à la volonté du législateur que certains changements substantiels en matière de noms et prénoms (sans rapport avec les personnes transgenres) puissent entrer en vigueur immédiatement sans attendre la date plus

→

Il s'ensuit donc bien que, même si la loi du 18 juin 2018 «se borne essentiellement à déplacer et renuméroter les dispositions attaquées», aucune des deux dispositions entreprises n'était plus en vigueur au moment où la Cour a statué. Cela ne l'empêchait pas de se prononcer, a-t-elle expliqué, dès lors que les dispositions en question avaient eu des effets juridiques jusqu'à leur abrogation (B.3.6.). Il n'en reste pas moins, évidemment, que c'était de nature à limiter la portée d'une éventuelle annulation²⁴.

B. *La recevabilité: l'identité de genre est un aspect de la vie privée*

La Cour constitutionnelle a écarté promptement la plupart des exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Conseil des ministres. Ainsi, elle n'a pas souscrit à l'argument suivant lequel le recours était tardif parce que la binarité du sexe civil procédait des dispositions relatives à la mention du sexe dans l'acte de naissance (art. 55 et 57 C. civ.) et non de la loi du 25 juin 2017: à ses yeux, c'était bien une lacune de cette loi qui – selon les requérantes – ne tenait pas compte des personnes dont le genre est non binaire (B.4.1.-B.4.4). Semblablement, elle a rejeté l'argument suivant lequel le recours n'indiquait pas en quoi la loi violait le droit au respect de la vie privée et le droit à l'autodétermination: selon elle, la référence – opérée par les requérantes – à l'autodétermination en ce qui concerne l'identité de genre comme élément du droit au respect de la vie privée suffisait, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁵, à justifier de l'applicabilité de l'article 22 de la Constitution combiné ou non à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (B.5.1.-B.5.6.). La Cour a par contre considéré que les requérantes n'exposaient pas en quoi la loi attaquée violait au surplus le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine garanti par l'article 23 de la Constitution: cet aspect de leur moyen était donc quant à lui – bel et bien – irrecevable (B.5.7.).

←

lointaine fixée pour l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du Code civil. Les dispositions de la loi du 15 mai 1987 telles que remaniées par la loi du 18 juin 2018 sont donc restées en vigueur du 1^{er} août 2018 (article 136) au 31 mars 2019 (article 118) lorsqu'elles ont été «transplantées» dans le Code civil. Il s'ensuit que, formellement, l'article 2 de la loi du 15 mai 1987 entrepris par les parties requérantes n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} août 2018.

²⁴ Voy. *infra*, point II, D.

²⁵ Voy. *supra*, point I, A et B.

C. *Le fond: les personnes dont le genre est « non binaire » ou « fluide »*

Le moyen mettait en cause la non-prise en considération par le législateur des personnes dont le genre est « non binaire » (seconde branche) ou « fluide » (première branche) sous l'angle combiné du principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution belge) et du droit au respect de la vie privée (art. 22 de la Constitution belge).

1. Les personnes dont le genre est « non binaire »

Les requérantes reprochaient, en premier lieu, au législateur d'avoir maintenu un « système binaire » dans le cadre duquel une distinction inconstitutionnelle était opérée parmi les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe enregistré dans l'acte de naissance. Ainsi, celles dont l'identité de genre est « non binaire » devaient accepter que l'enregistrement de leur sexe ne corresponde pas à leur identité de genre, tandis que celles dont l'identité de genre est « binaire » pouvaient obtenir la modification de leur sexe civil (B.6.1.).

La Cour a jugé ces catégories de personnes comparables, car il s'agissait, dans les deux cas, de personnes dont l'identité de genre ne correspondait pas au sexe de naissance (B.6.3.).

La différence de traitement reposait en outre, à ses yeux, sur un critère objectif, étant le caractère « binaire ou non » de leur identité de genre (B.6.4.).

Toutefois, la distinction opérée n'était pas pertinente au regard des objectifs de la loi tels qu'ils ressortaient des travaux préparatoires. Le législateur avait en effet souhaité « offrir à chaque individu le maximum de chances de s'épanouir d'une manière qui lui corresponde réellement, sans devoir satisfaire à des exigences excessives »²⁶ et affirmé que « chaque individu est unique et a le droit à des droits égaux, en ce compris les personnes trans »²⁷. C'est donc bien le principe de l'autodétermination qui était « préconisé » par le législateur et, aux yeux de la Cour constitutionnelle, ce principe exigeait qu'« 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 » (B.6.5).

La Cour a aussi précisé que la nécessité d'adapter le système juridique pour qu'il tienne compte des besoins des personnes non binaires ne pouvait justifier la différence de traitement dénoncée. Elle a renvoyé, à cet égard, à l'arrêt

²⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/4, p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 16.

*Goodwin*²⁸ suivant lequel « 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 »²⁹ et aux travaux préparatoires de la loi qui faisaient état de ce que « la mention du sexe disparaîtrait sans doute totalement de la législation à terme »³⁰ (B.6.6.).

Enfin, le juge constitutionnel a considéré que l'importance attachée par les articles 10, alinéa 3, et 11*bis* de la Constitution³¹ à l'égalité des hommes et des femmes n'était pas non plus en mesure de justifier l'impossibilité d'enregistrer officiellement une identité non binaire. Il a souligné, à cet égard, que les catégories « homme » et « femme » ne peuvent être considérées comme « un principe de base de l'ordre constitutionnel belge » (B.6.6.)³².

La Cour a donc conclu que la différence de traitement n'était pas raisonnablement justifiée : la loi attaquée présentait une lacune, qu'il appartiendrait au législateur de combler.

²⁸ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., § 91.

²⁹ On relèvera que l'affaire *Goodwin* concernait une requérante qui avait subi une opération de conversion sexuelle et que c'est au moins en partie pour cela que la Cour s'était référée aux « grandes souffrances » subies par les personnes transsexuelles. Jean-Louis Renchon estime alors « discutable » l'assimilation à laquelle procède la Cour constitutionnelle entre la situation « d'un transsexuel qui s'était soumis à des opérations de conversion sexuée dont on sait effectivement qu'elles peuvent être très lourdes » et 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 » (J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *Rev. trim. dr. fam.*, 2020, p. 736). Pour notre part, nous considérons que l'argument tiré de l'arrêt *Goodwin* n'est pas forcément émoussé dans un contexte où le changement de sexe n'est plus suspendu à une transformation physique irréversible et à la stérilisation. Les souffrances des personnes trans ne sont pas seulement des souffrances physiques liées à un éventuel parcours médicalisé, mais incluent aussi des difficultés d'ordre psychique liées à l'incompréhension et/ou à l'intolérance. En tout état de cause, pourrait-on considérer que le « droit à la dignité et au respect » ne serait acquis aux individus que pour autant que ceux-ci acceptent de subir de « grandes souffrances » dont il constituerait en quelque sorte la « contrepartie » ?

³⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/4, p. 17.

³¹ L'article 10, alinéa 3, dispose que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie ». L'article 11*bis* prévoit, en son alinéa 1^{er} : « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ».

³² Voy. à cet égard *infra*, point III, B.

2. Les personnes dont le genre est «fluide»

Les requérantes reprochaient, en second lieu, au législateur d'avoir prévu que la modification de l'enregistrement du sexe serait «en principe irrévocable», ce qui induisait une autre distinction inconstitutionnelle entre les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe enregistré dans l'acte de naissance. Ainsi, celles dont l'identité de genre est «fluide» et évolue après une première modification devaient accepter que l'enregistrement de leur sexe ne corresponde pas (plus) à leur identité de genre, tandis que celles dont l'identité de genre est «non fluide» pouvaient bénéficier d'un enregistrement du sexe correspondant à leur identité de genre (B.8.1.).

La Cour a jugé, ici aussi, que les catégories étaient comparables puisqu'il s'agissait dans les deux cas de personnes dont l'identité de genre ne correspondait pas au sexe enregistré dans l'acte de naissance (B.8.2.). Elle n'a, au demeurant, souscrit à aucun des trois arguments avancés par le gouvernement au soutien du principe d'irrévocabilité (B.8.3.).

S'agissant, *en premier lieu*, de la volonté de prévenir la «fraude», la Cour a relevé que la modification de l'enregistrement du sexe faisait suite à un délai de réflexion de trois mois au cours duquel le procureur du Roi pouvait rendre un avis négatif pour contrariété à l'ordre public (art. 62bis, § 4, C. civ.) et qu'après la modification, le procureur du Roi conservait la possibilité d'en demander l'annulation devant le tribunal de la famille pour la même raison (art. 62bis, § 9, C. civ.). Aux yeux des juges constitutionnels, ces garanties qui prévenaient la fraude lors d'une première modification seraient également en mesure de prévenir la fraude en cas de nouvelle modification ultérieure, et cela, d'autant plus que «tant l'officier de l'état civil que le procureur du Roi [étaient], dans ce dernier cas, au courant du fait qu'il [s'agissait] d'une modification supplémentaire» (B.8.4.).

S'agissant, *en deuxième lieu*, de la volonté de décourager les éventuelles modifications qui seraient demandées «à la légère», la Cour a relevé que la modification de l'enregistrement du sexe était assortie d'obligations d'information considérables à charge de l'officier de l'état civil (art. 62bis, § 3, C. civ.), d'un délai de réflexion obligatoire dans le chef de la personne concernée (art. 62bis, § 5, C. civ.) et d'un contrôle opéré par le ministère public (art. 62bis, §§ 4 et 9, C. civ.). Il s'ensuivait que cet objectif n'était pas non plus en mesure de justifier le caractère irrévocable de la modification du sexe (B.8.5.).

S'agissant, *en troisième lieu*, du principe de l'indisponibilité de l'état civil, la Cour a rappelé que le législateur avait souhaité «offrir à chaque individu le maximum de chances de s'épanouir d'une manière qui lui corresponde réellement sans devoir satisfaire à des exigences excessives». À l'aune de cet objectif,



il n'était pas raisonnablement justifié de tempérer le principe de l'indisponibilité s'agissant des personnes transgenres dont l'identité est « non fluide » et de le maintenir par contre pour les personnes transgenres dont l'identité est « fluide » (B.8.6.)³³.

Ayant encore considéré que la possibilité de retrouver son sexe initial moyennant une procédure « considérablement plus complexe » et la mise en évidence de « circonstances exceptionnelles » ne suffisait pas à « compenser » les manquements constatés (B.8.7.)³⁴, la Cour a conclu au fondement du moyen (B.8.8).

D. *Les effets (dans le temps) de l'arrêt de la Cour*

Au regard des discriminations constatées, la Cour a annulé l'article 3 de la loi du 25 juin 2017 en ce qu'il ne prévoyait pas l'enregistrement d'une identité non binaire et les paragraphes de l'article 62bis du Code civil (tel que remplacé par l'article 3 de la loi du 25 juin 2017) qui organisaient l'irrévocabilité de principe de la modification de l'enregistrement du sexe. Ces deux annulations, toutefois, n'ont pas exactement la même nature et n'emportent pas exactement les mêmes effets.

D'une part, l'annulation de l'article 3 résulte du constat d'une « lacune » violant le principe d'égalité. Lorsqu'un tel constat est exprimé « en termes suffisamment précis et complets » pour permettre que la norme attaquée soit appliquée conformément à la Constitution, la Cour indique aux autorités administratives et/ou judiciaires qu'il leur revient de remédier à l'inconstitutionnalité censurée. Mais la Cour a constaté qu'elle ne pouvait offrir en l'espèce

³³ Jean-Louis Renchon juge cet argument 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 », estime-t-il alors, « 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 » (J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 737). L'on peut tout autant considérer, nous semble-t-il, que l'irrévocabilité du changement de sexe civil, dès lors qu'elle limitait la possibilité pour l'individu de disposer de sa propre identité, constituait bel et bien une manifestation du principe d'indisponibilité, même si, de façon générale, cette indisponibilité se trouvait infléchie, atténuée ou tempérée par le régime mis en place par la loi de 2017 comme elle l'avait déjà été au demeurant – toutes proportions gardées – par la loi de 2007.

³⁴ La Cour a aussi pointé qu'« en limitant la modification ultérieure, par le tribunal de la famille, à l'hypothèse du retour au sexe initialement enregistré dans l'acte de naissance, cette procédure 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).

le degré de précision requis, dès lors qu'elle ne disposait pas d'un pouvoir d'appréciation équivalent à celui du législateur. Plusieurs possibilités sont en effet envisageables, a-t-elle relevé, pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée. L'on pourrait ainsi opter pour «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 l'on pourrait, tout autant, choisir de «supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne»: entre les options ouvertes, c'est «au législateur et à lui seul» qu'il appartient de trancher (B.7.3.). En outre, a précisé la Cour, puisque l'inconstitutionnalité ne portait pas sur la possibilité de modifier l'enregistrement du sexe sur la base d'une identité binaire, elle n'affectait pas la situation des personnes qui avaient bénéficié d'une telle modification depuis l'entrée en vigueur de la loi³⁵ (B.7.1.-B.7.3.).

D'autre part, l'annulation de l'article 62*bis* du Code civil procède d'un constat d'inconstitutionnalité «classique». Dans ce cas, les dispositions inconstitutionnelles sont annulées tant pour le passé que pour l'avenir. Il s'ensuit *a priori* que les dispositions de l'article 62*bis* prévoyant l'obligation d'informer la personne concernée du caractère irréversible du changement de même que celles organisant la procédure exceptionnelle de second changement de sexe devant le tribunal de la famille sont réputées n'avoir jamais existé. Est-ce à dire pour autant que dorénavant les officiers de l'état civil s'abstiendront de faire état de l'irréversibilité de principe du processus et pourront donner suite aux demandes de deuxième ou de troisième modification de l'enregistrement du sexe qui leur seraient adressées? C'est oublier que le régime de la modification de l'enregistrement du sexe a été déplacé – après la saisine de la Cour – de l'article 62*bis* vers l'article 135/1 du Code civil³⁶ et que l'annulation de certains paragraphes du premier ne se transpose pas aux paragraphes correspondant du second, même si leur contenu est rigoureusement identique. Il s'ensuit que si les dispositions organisant l'irréversibilité du changement de sexe sont annulées pour la période durant laquelle l'article 62*bis* a été en vigueur (du 1^{er} août 2018 au 31 mars 2019), les dispositions identiques de l'article 135/1 qui sont en vigueur depuis le 31 mars 2019 ne sont – quant à elles – pas affectées par l'annulation: aussi «formaliste»³⁷ que cela puisse paraître, le régime constitu-

³⁵ Tant avant qu'après l'abrogation de l'article 62*bis* du Code civil et l'insertion d'un article 135/1 quasiment identique.

³⁶ Voy. *supra*, point II, A, 2.

³⁷ En ce sens P. CANNOT, «Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af», *T. fam.*, 2020, pp. 17 et s., et J.-L. RENCHON, «Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 742.

tionnel reste en vigueur jusqu'à ce que le législateur intervienne pour reporter, dans l'article 135/1, les biffures opérées par l'arrêt du 19 juin 2019.

III. L'enregistrement civil du sexe : flexibilisation ou abolition ?

Il appartient donc à présent au législateur d'agir pour remédier aux discriminations constatées par la Cour et deux grands types de solutions sont envisageables : *soit* le parti est pris d'introduire dans le Code civil des catégories nouvelles permettant la reconnaissance d'identités non binaires et, dans le même temps, de supprimer dans l'article 135/1 du même Code les obstacles à la prise en considération des identités fluides ; *soit* le choix est posé de supprimer purement et simplement l'enregistrement civil du sexe, ce qui règle dans un même mouvement la question de la non-binarité et celle de la fluidité puisque le droit civil abandonne alors toute velléité d'exprimer l'identité de genre. Après avoir fait état – brièvement – des indicateurs internationaux et des exemples étrangers qui pourraient éventuellement aider le législateur à opter pour l'une ou l'autre de ces solutions (A), nous examinons ci-dessous quatre enjeux sous-jacents au choix à effectuer (B) et nous positionnons – *in fine* – en faveur d'un sexe civil flexibilisé plutôt qu'abrogé.

A. Les directives internationales et les exemples étrangers

1. Les directives internationales

C'est assurément dans les Principes de Jogjakarta³⁸ que l'on trouve les orientations les plus claires relatives à la mise en œuvre du droit à la reconnaissance juridique des personnes transgenres. Lors de leur prime énonciation, en 2007, ils ne visaient pas expressément la question de la non-binarité ou de la fluidité de genre, mais ils ont été complétés, en 2017, pour tenir compte des « développements significatifs » intervenus depuis dix ans³⁹. Les Principes de Jogjakarta « +10 » incluent alors un nouveau principe 31 engageant les États à « cesser [...] l'enregistrement du sexe et du genre de la personne sur des documents d'identité tels que les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports et les permis de conduire, ainsi que comme élément de leur personnalité

³⁸ Voy. *supra*, point I, A.

³⁹ Le Préambule vise les développements intervenus dans le domaine des droits de l'homme et s'agissant de l'appréhension des « violations » dont sont victimes les personnes au titre de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur expression de genre ou de leurs caractéristiques sexuelles.

juridique» (point A)⁴⁰. Il est néanmoins prévu que «lorsque le sexe et le genre continuent à être enregistrés», les États doivent «offrir un accès à *un mécanisme rapide, transparent et accessible* qui reconnaît juridiquement et consacre le droit qu'à chaque personne de déterminer son identité de genre» et «donner le choix entre *des options multiples pour le choix du genre*» (point B)⁴¹.

La Cour de Strasbourg n'a jusqu'à présent pas été saisie de la question de la non-binarité ou de la fluidité de genre, mais la résolution 2048 (2015) de l'A.P.C.E.⁴² appelle les États membres «à envisager de faire figurer *une troisième option de genre* sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent» (point 6.2.4). Au demeurant, une résolution 2018/2878 du Parlement européen préconise «des procédures souples pour *changer les marqueurs de genre, pour autant qu'ils continuent d'être déclarés*, et les noms sur les actes de naissance et les documents d'identité (y compris la possibilité de noms neutres du point de vue du genre)» (point 9)⁴³.

2. Les exemples étrangers

Un certain nombre d'ordres juridiques⁴⁴ se sont déjà engagés dans des réformes tendant au dépassement de la binarité homme/femme.

La reconnaissance du genre non binaire apparaît à ce stade encore très limitée en Europe⁴⁵. L'Islande est, à notre connaissance, le seul État à avoir adopté – en juin 2019 – une loi offrant expressément à toute personne la possibilité d'un «enregistrement neutre du genre»⁴⁶. À Malte, la reconnaissance d'un troisième

⁴⁰ Nous soulignons.

⁴¹ Nous soulignons.

⁴² A.P.C.E., Résolution 2048 (2015) du 22 avril 2015, précitée *supra*, point I, A (nous soulignons).

⁴³ PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution 2018/2878 du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, consultable à l'adresse www.europarl.europa.eu (nous soulignons).

⁴⁴ Voy., pour un exposé de droit comparé approfondi, continent par continent, A. HERPOLSHEIMER, «A Third Option: Identity Documents, Gender Non-Conformity, and the Law», *Women's Rights Law Reporter*, 2017-2018, p. 46.

⁴⁵ Voy., pour un état des lieux, L. HOLZER, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe: Report on third gender marker or no gender marker options for ILGA-Europe*, septembre 2018, consultable à l'adresse www.ilga-europe.org et M. VAN DEN BRINK et P. DUNNE, *Trans and intersex equality rights in Europe: a comparative analysis*, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, novembre 2018, consultable à l'adresse <https://ec.europa.eu/>.

⁴⁶ Voy. l'article 6 de l'*Act on Gender Autonomy* adopté le 18 juin 2019 («*Neutral gender registration is permitted. Public and private bodies that register gender shall provide for the possibility of registering gender as neutral*») (son texte intégral est disponible en anglais sur le site du gouvernement islandais: www.government.is).

genre est particulièrement « ambiguë »⁴⁷ ou « limitée »⁴⁸ : il est seulement possible de postposer l'enregistrement du sexe jusqu'à l'âge de 18 ans⁴⁹ et d'obtenir la reconnaissance d'un genre non binaire valablement enregistré à l'étranger⁵⁰. En Allemagne⁵¹ et en Autriche⁵², la jurisprudence a imposé l'ouverture d'une troisième option, mais la possibilité d'un enregistrement non binaire est – pour le moment – réservée aux personnes intersexes⁵³, c'est-à-dire aux personnes dont le sexe biologique ne peut être clairement déterminé⁵⁴. La Cour de cassation française⁵⁵ et la *Court of Appeal* britannique⁵⁶ ont – quant à elles – jugé acceptable l'absence d'alternative non binaire, tandis qu'un vaste processus

⁴⁷ A. HERPOLSHEIMER, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁸ T. NI MHURTHILE, «The legal status of intersex persons in Malta», in J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (éd.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 364.

⁴⁹ L'article 7(4) du *Gender identity, gender expression and sex characteristic Act* (2015) prévoit ainsi que « *the persons exercising parental authority over the minor or the tutor of the minor whose gender has not been declared at birth, shall before the minor attains the age of eighteen, file an application in the registry of the Civil Court (Voluntary Jurisdiction Section) in order to declare the gender and the first name of the minor* » (en anglais : <http://justiceservices.gov.mt>).

⁵⁰ Suivant l'article 9(2) du *Gender identity, gender expression and sex characteristic Act* (2015), « *a gender marker other than male or female, or the absence thereof, recognised by a competent foreign court or responsible authority acting in accordance with the law of that country is recognised in Malta* » (en anglais : <http://justiceservices.gov.mt>).

⁵¹ Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16 (www.bundesverfassungsgericht.de).

⁵² Verfassungsgerichtshof, 15 juin 2018, G 77/2018-9 (www.vfgh.gv.at)

⁵³ T. DESLOOVERE, «Transgender Laws in Transition: European Courts on Non-Binary Gender Recognition», *Oxford Human Rights Hub*, 11 août 2019, consultable à l'adresse <https://ohrh.law.ox.ac.uk>.

⁵⁴ À propos de la situation spécifique des personnes intersexes, voy. notamment G. MATHIEU, A.-C. RASSON et M. ROLAIN, «L'appréhension des violences subies par les personnes trans et intersexes au prisme des droits humains dans le contexte belge : une révolution douce», in S. Wattier (coord.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Larcier, Bruxelles, 2020, à paraître ; G. WILLEMS, «Le droit belge du sexe et du genre à la croisée des chemins : vers une pleine consécration de l'autodétermination corporelle et civile des personnes transgenres et intersexes?», *Revue juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 2019/11, pp. 35 et s. ; G. WILLEMS, «Les personnes intersexes : à la croisée des genres», in G. Mathieu, N. Colette-Basecqz, S. Wattier et M. Nihoul (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles? Liber Amicorum Jacques Fierens*, Larcier, Bruxelles, 2020, pp. 479 et s.

⁵⁵ Cass. (fr.) (1^{re} ch. civ.), 4 mai 2017, n° 16-17189. Voy. aussi B. MORON-PUECH, «Rejet du sexe neutre : une 'mutilation juridique' ?», *D.*, 2017, pp. 1404-1408.

⁵⁶ *Elan-Cane, R (on the application of) v Secretary of State* [2018] EWHC 1530 (Admin) et *R (on the application of Christie Elan-Cane) v Secretary of State for the Home Department with Human Rights Watch intervening* [2020] EWCA Civ 363. Voy. aussi R. HIPKIN, «Lack of gender neutral option on passport forms: no breach of human rights», *UK Human Rights Blog*, 12 mars 2020, consultable à l'adresse <https://ukhumanrightsblog.com>.

politique et académique de réflexion est en cours aux Pays-Bas⁵⁷. À l'aune de ce bref tour d'horizon, il apparaît que l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 19 juin 2019 place la Belgique au premier rang des États européens s'agissant de la reconnaissance et de la protection des personnes dont l'identité est non binaire et/ou fluide⁵⁸.

Des évolutions plus significatives ont d'ores et déjà eu lieu sur d'autres continents. Aux États-Unis, certains juges ont progressivement accepté d'ordonner l'inscription d'une identité non binaire sur les documents d'identité et, dans le sillage de cette jurisprudence, la Californie a été – en 2017 – le premier État américain à adopter une législation permettant expressément l'indication d'un genre non binaire sur le certificat de naissance⁵⁹. En Australie, c'est la *High Court* qui a autorisé, dans un fameux arrêt *Norrie* du 2 avril 2014⁶⁰, l'inscription de la mention «non spécifique» dans les registres officiels. La Tasmanie s'est alors dotée – en 2019 – de la plus libérale des législations australiennes : en vertu de celle-ci, le certificat de naissance peut indiquer un genre «non déterminé» ou «non binaire» ou même «un mot ou une phrase par laquelle la personne se définit comme n'étant ni entièrement un homme ni entièrement une femme»⁶¹. On sait au demeurant que la non-binarité est historiquement ancrée dans la culture de plusieurs pays du sous-continent indien où les «hijras» sont perçus comme n'étant ni des hommes ni des femmes. Il n'est alors pas étonnant que le Népal ait été le premier pays au monde à reconnaître – en 2011 – un

⁵⁷ Voy. notamment le *Gender & LGBTI Equality Policy Plan 2018-2021* du gouvernement hollandais (www.government.nl) et le projet GIRARE («Gender Identity Registration and Human Rights Effects») piloté par l'Université d'Utrecht (www.uu.nl).

⁵⁸ T. DESLOOVERE, *op. cit.*

⁵⁹ La section 103426 du *Health and Safety Code* prévoit désormais que «*the State Registrar shall issue a new birth certificate reflecting a change of gender to female, male, or nonbinary without a court order for any person born in this state who submits directly to the State Registrar an application to change the gender on the birth certificate and an affidavit attesting under penalty of perjury that the request for a change of gender to (female, male, or nonbinary) is to conform the person's legal gender to the person's gender identity and is not made for any fraudulent purpose*» (nous soulignons). Voy. aussi J. A. CLARKE, «They, Them, and Theirs», *Harvard Law Review*, 2019, pp. 896 et s.

⁶⁰ *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie* (2014) 250 CLR 490.

⁶¹ La section 3 du *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999* prévoit désormais que «*gender means – (a) male; or (b) female; or (c) indeterminate gender; or (d) non-binary; or (e) a word, or a phrase, that is used to indicate a person's perception of the person's self as being neither entirely male nor entirely female [...]*» (nous soulignons). Voy. aussi S. MOULD, «Making the Invisible Visible Again: Pathways for Legal Recognition of Sex and Gender Diversity in Australian Law», *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, 2019, spécialement pp. 250 et s.

statut légal aux personnes non binaires. Dès 2015, le Pakistan, le Bangladesh et l'Inde⁶² avaient suivi l'exemple de leur voisin⁶³.

À notre connaissance, aucun pays n'a – à ce stade – fait le choix de supprimer entièrement l'enregistrement du sexe. En Allemagne, le *Bundesverfassungsgericht* a néanmoins suggéré, comme la Cour constitutionnelle belge, que la suppression de l'enregistrement du sexe pourrait constituer une solution aux difficultés contemporaines liées à la diversification des identités⁶⁴. Aux Pays-Bas, la réflexion politique et académique n'exclut pas une éventuelle abolition de l'enregistrement du sexe ainsi qu'en témoignent notamment les travaux menés dans le cadre du projet *GIRARE* («*Gender Identity Registration and Human Rights Effects*») conduit par l'Université d'Utrecht⁶⁵. Le gouvernement néerlandais a déjà annoncé sa volonté de limiter «l'enregistrement non nécessaire du genre partout où c'est possible» de même que «l'utilisation du genre comme donnée personnelle»⁶⁶.

B. Les enjeux sous-jacents à l'alternative

1. L'enjeu de l'utilité: un droit «aveugle au genre»?

Un *premier enjeu* sous-jacent au choix à opérer entre flexibilisation et abolition du sexe civil est lié à l'*utilité* de l'enregistrement civil du sexe. On a en effet observé au cours du XX^e siècle un mouvement de «déssexualisation»⁶⁷ ou de «neutralisation»⁶⁸ des règles juridiques au sens où le droit, qui recourait autrefois volontiers aux normes «sexospécifiques», se montre aujourd'hui plus

⁶² A. DUTTA, «Contradictory Tendencies: The Supreme Court's NALSA Judgment on Transgender Recognition and Rights», *Journal of Indian Law and Society*, 2014, p. 225.

⁶³ A. HERPOLSHEIMER, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁴ Suivant le juge constitutionnel allemand, «the entry under civil status law in itself only takes on specific significance for gender identity because civil status law requires that a sex be stated in the first place. *If it did not require a sex entry, it would not specifically jeopardise the development of and respect for one's personality as the specific assigned sex of a person would not be registered under civil status law.* [...] However, pursuant to § 21(1) no. 3 PStG, civil status currently includes a person's sex» (nous soulignons) (Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, précité).

⁶⁵ Le projet met notamment en œuvre une ample recherche interdisciplinaire sur les impacts de l'enregistrement du genre et la possibilité de l'abandonner (www.uu.nl).

⁶⁶ Voy. le *Gender & LGBTI Equality Policy Plan 2018-2021* (www.government.nl)

⁶⁷ P. GUEZ, «Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil?», *Revue des droits de l'homme [en ligne]*, 21 novembre 2015, p. 3, consultable à l'adresse <http://journals.openedition.org/revdh/1660>.

⁶⁸ St. ARC, «Faut-il supprimer la mention 'sexe' de l'état-civil?», *CNRS – Le Journal*, 27 juin 2019, consultable à l'adresse <https://lejournal.cnrs.fr>.

volontiers «aveugle au genre» («*genderblind*») ⁶⁹. C'est probablement en ce qui concerne les droits et devoirs du mariage que cet effacement de la différence de sexe a été le plus spectaculaire : aux prérogatives contrastées du «mari» et de la «femme» se sont ainsi peu à peu substitués les pouvoirs et responsabilités égaux des «époux» ⁷⁰. Une évolution similaire a néanmoins également touché les sphères non domestiques comme l'accès à l'emploi ou la participation politique dont les femmes avaient été durablement exclues. À l'aune de pareil estompement de l'incidence du sexe, il pourrait sembler approprié que le dépassement de la binarité soit opéré non par la création de nouvelles catégories, mais par la suppression d'une mention devenue inutile. Les choses ne sont toutefois pas aussi simples, dès lors que le sexe ou le genre conserve une indéniabilité incidence dans différents domaines du droit, par-delà sa pertinence évidente pour l'identification des personnes telle qu'elle a été soulignée par les travaux préparatoires de la loi de 2017 et l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Ainsi, comme il est souvent souligné ⁷¹, les modalités d'établissement de la filiation restent largement déterminées par le sexe des parents. De même, l'âge jusqu'auquel on peut recourir à la procréation assistée est, lui aussi, «sexospécifique» ⁷², tandis que les règles relatives aux congés de maternité et de paternité ne sont assurément pas «aveugles au genre» ⁷³. Pareille «sensibilité au genre» est tantôt admise ⁷⁴, tantôt censurée ⁷⁵ par la Cour européenne en fonction du contexte et des spécificités du cas. Elle n'est pas nécessairement indépassable (ainsi qu'en témoigne la possibilité déjà prévue en droit belge qu'un homme (trans) soit désigné comme la mère d'un enfant ⁷⁶), mais elle invalide assurément l'idée suivant laquelle – dès à présent – l'inutilité du sexe civil commanderait son éradication.

⁶⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD et D. ROMAN, «Introduction», in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman (dir.), *Genre et droit – Ressources pédagogiques*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2016, p. 14.

⁷⁰ D. LOCHAK, «Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques», in *Mélanges Andrée Lajoie*, Themis, Montréal, 2008, pp. 678 et s.

⁷¹ Voy. par exemple P. GUEZ, *op. cit.*, p. 3 et J.-L. RENÇON, «Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 740.

⁷² Art. 4 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.

⁷³ Voy. l'article 39 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail (*M.B.*, 30 mars 1971) (congé de maternité) et l'article 30 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail (*M.B.*, 22 août 1978) (congé de paternité).

⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Andrle c. République tchèque*, 17 février 2011 (âge de la pension).

⁷⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012 (congé parental).

⁷⁶ C'est le fameux cas de l'homme transgenre qui accouche d'un enfant. Voy. l'article 135/2, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil et notamment S. CAP et G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 38.

2. L'enjeu de la discrimination : un « monde juste » ?

Un *deuxième enjeu* que soulève l'option à prendre entre réforme et suppression de l'enregistrement du sexe concerne la *discrimination*. Des auteurs féministes ont en effet fait valoir depuis longtemps déjà que la distinction de sexe est intrinsèquement hiérarchisante et discriminatoire : elle aurait vocation à affirmer la domination masculine et la suprématie de l'hétérosexualité et serait dès lors la matrice ou – à tout le moins – le vecteur du sexisme et de l'homophobie⁷⁷. Dans le sillage de travaux philosophiques⁷⁸ et sociologiques⁷⁹ qui promeuvent l'utopie d'un « monde juste » conçu comme un « monde sans genre », des juristes suggèrent à présent que la mention du sexe à l'état civil et sur les documents d'identité devrait être supprimée au titre de l'exigence d'égalité⁸⁰. Dans cette perspective, l'inclusion des personnes non binaires devrait procéder de l'abolition des distinctions anciennes, plutôt que de l'adjonction de nouvelles catégories elles aussi potentiellement stigmatisantes⁸¹. Ici encore, néanmoins, les choses n'apparaissent pas aussi claires, dès lors en particulier que l'abolition du genre « n'éradiquerait ni le genre social ni [dès lors] les discriminations liées au genre », mais « amoindrirait par contre potentiellement la capacité du droit à appréhender et à lutter contre ces abus lorsqu'ils se produisent »⁸². On assiste en effet aujourd'hui à un phénomène de « resexualisation » du droit⁸³ ou de « réintroduction du genre »⁸⁴ dans ses énoncés, impulsé par des instruments universels⁸⁵ et européens⁸⁶ et tendant – précisément – à promouvoir l'égalité de genre. Des textes luttent ainsi spécifiquement contre les discriminations⁸⁷ et

⁷⁷ P. GUEZ, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁷⁸ Voy. par exemple M. A. GILBERT, « Defeating Bigenderism : Changing Gender Assumptions in the Twenty-first Century », *Hypatia*, 2009, p. 108.

⁷⁹ Voy. par exemple B. RISMAN, « Gender as a social structure : Theory wrestling with activism », *Gender and Society*, 2004, p. 446.

⁸⁰ Voy. notamment D. BORRILLO, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Jurisprudence Revue critique*, 2011, spécialement pp. 273-274.

⁸¹ Diane Roman citée par St. ARC, *op. cit.*

⁸² P. DUNNE, « Towards Trans and Intersex Equality : Conflict or Complementarity? », in J. M. Scherpe, A. Dutta et T. Helms (éd.), *The Legal Status of Intersex Persons*, *op. cit.*, p. 240 (traduction libre).

⁸³ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 4.

⁸⁴ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 689.

⁸⁵ On pense évidemment à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes signée à New York le 18 décembre 1979.

⁸⁶ On pense en particulier à la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique signée à Istanbul le 11 mai 2011.

⁸⁷ Voy. notamment l'article 39 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail (*M.B.*, 30 mars 1971) (protection des travailleuses enceintes contre le licenciement) ou la loi du 22 avril 2012 visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes (*M.B.*, 28 août 2012).

les violences⁸⁸ que subissent les femmes, tandis que des mécanismes de discrimination positive⁸⁹ sont mis en place afin d'«équilibrer la place respective des femmes et des hommes dans la société et, notamment, dans un certain nombre d'institutions ou d'organisations humaines»⁹⁰. L'on peut alors penser que «c'est en nommant [...] que l'on fait avancer l'égalité des droits»⁹¹ ou encore que «la parité suppose d'accepter de catégoriser les citoyens [...]»⁹². Peut-être que de telles mesures ne seront pas toujours nécessaires⁹³, mais il semble bien – pour l'heure – que le sexe soit davantage une «catégorie de protection» contre les discriminations et une «mesure correctrice» bénéficiant aux groupes historiquement discriminés comme les femmes, les homosexuels et les personnes trans ou intersexes⁹⁴ que l'instrument de leur oppression.

3. L'enjeu de l'autonomie : une «complète liberté» ?

Un *troisième enjeu* sous-tendant l'hésitation entre évolution et disparition de la mention du sexe dans les registres et documents officiels touche à *l'autonomie individuelle*. En effet, dès lors que l'identité sexuelle ou de genre relève de l'autonomie personnelle, ainsi que la Cour constitutionnelle l'a relevé en renvoyant à la jurisprudence strasbourgeoise, il est parfois considéré que la consécration ultime du droit au respect de la vie privée résiderait – en la matière – dans l'absence de toute intervention de l'État. Certains font ainsi valoir que l'abolition du sexe «constituerait une conséquence radicale du droit à l'autodétermination» et «semble en tout cas rejoindre la conception de ce que doit être une société *libérale* respectueuse d'un tel droit»⁹⁵. D'autres considèrent que la suppression de sa mention «permettrait une complète liberté dans l'expression de genre qui ne

⁸⁸ Voy. notamment l'article 409 du Code pénal (incrimination des mutilations génitales féminines) ou le débat relatif à la reconnaissance juridique du féminicide (S. WATTIER, «La reconnaissance juridique du féminicide : quel apport en matière de protection des droits des femmes?», *cette Revue*, 2019, p. 323).

⁸⁹ 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).

⁹⁰ J.-L. RENCHON, «Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 740.

⁹¹ Diane Roman citée par St. ARC, *op. cit.*

⁹² D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 687.

⁹³ *Ibid.*, p. 689.

⁹⁴ D. BORRILLO, «Est-il juste de diviser le genre humain en deux sexes?», in A. Schuster (éd.), *Equality and Justice Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Forum, Udine, 2011, p. 51.

⁹⁵ M. PETERS, «La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu», note sous Cour const., arrêt n° 99/2019, 19 juin 2019, *R.G.D.C.*, 2020, p. 363.

serait pas entravée par la validation ou l'invalidation par l'État de l'identité de genre de quiconque»⁹⁶. Si ces positionnements se défendent, une autre approche est néanmoins concevable, suivant laquelle l'enregistrement civil de l'identité sexuelle ou de genre concourt – précisément – au respect de la vie privée et à l'autonomie personnelle. Peter Dunne souligne ainsi opportunément que «de nombreuses personnes cisgenres^[97] qui sont attachées à leur genre légalement affirmé s'opposeraient à la perte involontaire de ce statut» et que «même les alliés cisgenres qui soutiennent la reconnaissance de la non-binarité pourraient considérer excessive l'exigence que toutes les personnes adoptent une neutralité de genre implicite»⁹⁸. Bien plus, il fait valoir que «pour beaucoup de personnes trans, la reconnaissance légale du genre est la dernière étape du voyage de toute une vie vers une affirmation genrée». Ainsi, poursuit-il, «pour ces individus, obtenir la reconnaissance formelle de l'État valide la perception qu'ils ont d'eux-mêmes», en manière telle qu'ils «pourraient soutenir un programme de reconnaissance non binaire, mais s'opposer fermement à la perte de leur propre statut légal»⁹⁹. Il apparaît donc que pour de nombreux individus – cisgenres et transgenres – l'affirmation ou la reconnaissance de l'identité par l'État constitue un aspect important de l'autonomie personnelle¹⁰⁰ : c'est alors la suppression des statuts légaux qui restreint les possibilités et limite la liberté.

4. L'enjeu des représentations : «*sexus nullus* pour tous»?

Un *quatrième enjeu* que fait émerger l'alternative présentée au législateur par les juges constitutionnels belges renvoie aux *représentations collectives*. La perception suivant laquelle les différences biologiques entre les hommes et les femmes expliquent et/ou justifient leur distinction au sein de la société, de même qu'une répartition des tâches entre les sexes, voire une hiérarchisation de ceux-ci¹⁰¹ a très longtemps prévalu. Elle est aujourd'hui concurrencée – dans

⁹⁶ A. JAMES et N. WIPFLER, «Identity Crisis: The Limitations of Expanding Government Recognition of Gender Identity and the Possibility Genderless Identity Documents», *Harvard Journal of Law & Gender*, 2016, p. 543 (traduction libre).

⁹⁷ Voy. *supra*, note 20.

⁹⁸ P. DUNNE, «Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity?», *op. cit.*, pp. 239-240 (traduction libre).

⁹⁹ *Ibid.* (traduction libre). Dans le même sens, P. GUEZ, *op. cit.*, p. 8, note 29 et références citées.

¹⁰⁰ Voy. d'ailleurs *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., §§ 90-92; *A.P., Garçon et Nicot c. France*, préc., § 123. Dans le même sens A. HERPOLSHEIMER, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰¹ Voy. à cet égard, les travaux de Françoise Héritier qui «part du biologique» pour expliquer les institutions sociales et les systèmes de représentation et de pensée et présente la différence des sexes comme «le butoir ultime de la pensée» et la répartition des tâches entre les sexes et leur

→

les sphères médiatiques, politiques et scientifiques – par une vision très différente récusant la pertinence de la biologie comme déterminant des destinées humaines et délégitimant des catégories d'«homme» et de «femme» vouées à disparaître au profit d'une prolifération de configurations de genre¹⁰². Certains font alors valoir que, puisque le sexe est une «catégorie caduque», il ne serait pas suffisant qu'il soit «neutralisé pour certains individus et maintenu pour d'autres» car «c'est l'ensemble des individus que la mesure doit concerner» et appellent à la mise en œuvre du principe «*sexus nullus* pour tous!»¹⁰³. Un tel parti revient à considérer que la différence des sexes, quoiqu'elle soit l'une des «représentations les plus partagées de l'histoire humaine», n'a jamais été qu'une «construction totalitaire» dont il y a aujourd'hui lieu de «libérer» les individus, de gré ou de force¹⁰⁴. Mais, entre les deux conceptions concurrentes de l'identité, le droit doit-il nécessairement choisir en imposant désormais à tous la seconde comme il a longtemps imposé à tous la première? Ne peut-il pas plutôt – suivant les belles formules de Benoît Frydman – prendre acte de «la coexistence, au sein de notre ordre juridique, de projets de vie, d'ordres de valeurs et d'intérêts très différents» et considérer qu'«au nom des libertés individuelles, ces différences doivent être respectées et ne peuvent sans dommage être sacrifiées à l'unanimité»¹⁰⁵? Ainsi, une majorité de la population souscrit (encore) à l'idée d'un genre masculin ou féminin corrélé au sexe biologique¹⁰⁶, tandis qu'une minorité au sein de celle-ci embrasse (légitimement) une vision différente détachée du biologique et des identités traditionnelles. Plutôt que de renverser le système en imposant désormais à la majorité la vision de la minorité («*sexus nullus* pour tous!»), ne vaut-il pas mieux – au nom du pluralisme

←
valence différentielle comme des «piliers fondateurs de toute société» (Fr. HÉRITIER, *Masculin/Féminin*, t. I, La pensée de la différence, Odile Jacob, Paris, 2012, p. 23 et pp. 28-29).

¹⁰² Voy. à cet égard, les travaux de Judith Butler qui réfute la «biologie comme destin» et souligne «la discontinuité radicale entre le sexe du corps et les genres culturellement construits» et fait valoir que la «perte des normes de genre» pourra «faire proliférer les configurations du genre» et «priver les récits naturalisants [...] de leurs personnages principaux: l'«homme» et la «femme»» (J. BUTLER, *Trouble dans le genre, le féminisme et la subversion de l'identité*, La Découverte, Paris, 2005, pp. 67 et 273).

¹⁰³ Th. HOQUET et Fr. CÉZILLY, «Enlevons la mention 'sexe' de l'état civil», *Le Monde*, 6 novembre 2015, consultable à l'adresse https://www.lemonde.fr/idees/article/2015/11/06/abolissons-la-categorie-du-sexe-pour-tous_4804687_3232.html.

¹⁰⁴ J.-L. RENCHON, «Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 741.

¹⁰⁵ B. FRYDMAN, *Citoyen, droit et société, Les transformations du droit moderne*, Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin, 1998, p. 88, consultable à l'adresse www.kbs-frb.be.

¹⁰⁶ P. DUNNE, «Towards Trans and Intersex Equality: Conflict or Complementarity?», *op. cit.*, p. 239.

démocratique – offrir à chacun les voies juridiques de l’expression de son identité singulière? Tel est – nous semble-t-il – l’enjeu précis d’un enregistrement non binaire et fluide du sexe civil¹⁰⁷.

Conclusion

La mise en œuvre législative de l’arrêt de la Cour constitutionnelle belge devrait – à nos yeux – procéder d’une flexibilisation de l’identité sexuelle civile plutôt que de son abolition et maintenir le *principe* d’un enregistrement du sexe et/ou du genre. Les *modalités* de cet enregistrement, néanmoins, pourraient, dans un esprit de synthèse ou de compromis, tendre à conjuguer autant que possible les avantages respectifs des approches réformiste et abolitionniste.

Il conviendrait, *en premier lieu*, de prévoir que l’option pour le genre non binaire puisse revêtir une *forme positive* ou une *forme négative*. D’un côté, les individus pourraient affirmer la spécificité de leur identité personnelle en demandant que la mention «non binaire» soit apposée dans les registres¹⁰⁸. D’un autre côté, ils pourraient manifester leur volonté de se soustraire («*opt out*») à toute forme d’officialisation de l’identité de genre en réclamant que la mention du sexe soit, en ce qui les concerne, purement et simplement omise : à défaut que le sexe civil soit aboli pour tous, chacun pourrait faire le choix individuel de s’en émanciper¹⁰⁹.

Il se concevrait, *en deuxième lieu*, que l’enregistrement du sexe soit suspendu jusqu’au *moment où* l’individu est capable d’autodétermination. La Cour constitutionnelle semble néanmoins encourager le maintien d’un enregistrement à la naissance lorsqu’elle signale qu’il faudra «tenir compte, *tant à la naissance qu’après*, pour toutes les personnes, du sexe et de l’identité de genre»¹¹⁰. L’on pourrait alors envisager que, lors de cette inscription initiale, les parents puissent réclamer l’omission de la mention du sexe et tenir provisoirement

¹⁰⁷ J.-L. RENCHON, «Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, pp. 740-741.

¹⁰⁸ Ce terme, utilisé par les associations requérantes et retenu par la Cour constitutionnelle, est aussi largement mobilisé dans la littérature juridique et non juridique et paraît plus positivement connoté que des mentions comme «X», «autre», «divers» ou «neutre».

¹⁰⁹ Cette solution est retenue en Allemagne, dont le régime – cependant – ne peut être pris en exemple puisqu’elle est à ce stade, ainsi que nous l’avons vu, expressément réservée aux personnes intersexes, c’est-à-dire aux personnes dont le sexe biologique est incertain ou indéterminé (voy. *supra*, point III, A, 2).

¹¹⁰ Nous soulignons.

rement leur enfant en dehors de toute catégorisation officielle, jusqu'à ce qu'il soit en mesure de déterminer lui-même cette dimension de son identité¹¹¹.

Il se justifierait, *en troisième lieu*, d'envisager que l'indication du sexe puisse n'apparaître que *là où* sa nécessité est avérée. Un inventaire des mentions du sexe sur les *documents administratifs* et dans les *registres publics* pourrait ainsi être conduit en vue de réduire autant que possible le dévoilement inopiné et inutile de l'identité sexuelle¹¹². Il n'est pas non plus exclu d'imaginer qu'en la matière également, une certaine place soit faite à la volonté et que les individus eux-mêmes puissent décider, par exemple, si la mention de leur sexe civil apparaîtra ou non sur leur carte d'identité, leur passeport ou dans telle ou telle base de données.

L'exploration de ces pistes de solution, envisagées par d'autres auteurs¹¹³ et que nous bornons ici à ébaucher, est de nature à permettre de conserver les bénéfices d'un système d'enregistrement de l'identité sexuelle tout en limitant – très nettement – les effets délétères qui peuvent y être associés.



¹¹¹ Cette solution est retenue à Malte, dont le régime – cependant – ne peut être pris en exemple puisqu'à l'approche de la majorité, ainsi que nous l'avons vu, les parents maltais doivent faire pour leur enfant une déclaration du sexe masculin ou féminin (voy. *supra*, point III, A, 2).

¹¹² Un tel processus est en cours aux Pays-Bas, où le gouvernement s'est officiellement engagé à réduire à la portion congrue les occurrences de la mention du sexe (*LGBTI equality in the Netherlands: Orange is always part of the rainbow*, consultable à l'adresse <https://www.government.nl/documents/leaflets/2018/06/01/lgbti-equality-in-the-netherlands>).

¹¹³ Voy. en particulier P. CANNOOT, « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *op. cit.*, pp. 25-26.