

INSTITUUT VOOR
DE GELIJKHEID
VAN VROUWEN
EN MANNEN



INSTITUT
POUR L'ÉGALITÉ
DES FEMMES
ET DES HOMMES



Rapport au sujet de l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé

23 décembre 2019



EQUALITY
LAW
CLINIC

ULB

Réalisé par

prof. Emmanuelle BRIBOSIA,
prof. Isabelle RORIVE
et Hania OUHNAOUI

avec la collaboration des étudiants et étudiantes de l'Equality Law Clinic, et plus particulièrement de Manon Asselbourg, Louis De Pelsmacker Balaes, Juliette Dulieu, Camille Lanssens et Elsa-Louise Marc

Ce rapport, réalisé à la demande de l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, n'engage que l'Equality Law Clinic

Table des matières

Introduction	2
I. Enregistrement du sexe et/ou du genre en droit comparé	9
I.1. Première approche : création d'une ou plusieurs catégories de sexe/genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité	10
a. Allemagne (suivie par l'Autriche), une troisième catégorie (« X ») à l'état civil, réservée aux personnes intersexes	10
b. Malte, une troisième catégorie (« X ») admise sur des documents d'identité, sans possibilité de modification de l'état civil	13
c. Tasmanie, plusieurs catégories de genre admises a posteriori sur l'acte de naissance	15
I.2. Seconde approche : modalités de suppression de la mention du sexe et/ou du genre dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité	18
a. Allemagne (avant la réforme de 2018), absence de mention du sexe à l'état civil pour les personnes intersexes	18
b. Malte, possibilité de retarder l'enregistrement du sexe à l'état civil pour les personnes intersexes jusqu'à 18 ans	20
c. Tasmanie, mention facultative du sexe (binaire) sur l'acte de naissance et possibilité d'y inscrire ultérieurement le genre (défini largement)	22
d. Pays-Bas, limiter la mention du sexe/genre sur les documents d'identité et dans les communications des autorités publiques	23
e. Tableau synthétique de comparaison	24
II. Évaluation des approches de droit comparé à la lumière des droits fondamentaux	27
II.1. La suppression définitive de l'enregistrement du sexe/genre en tant qu'élément de l'identité juridique	27
II.2. La création d'une catégorie additionnelle à celles de « M » et de « F »	31
II.3. La création de plusieurs catégories de sexe et/ou de genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité	33
III. Transposabilité des approches envisagées au contexte juridique belge	36
III.1 Mise en contexte de l'enregistrement du sexe dans l'état civil et de sa mention sur les documents d'identité	36
a. État civil, registre de la population et numéro de registre national	36
b. Carte d'identité et ses mentions	39
III.2 Prendre la mesure du droit au respect de la vie privée : droit à l'autodétermination et protection des données	41
III.3 Le sexe et le genre, des données à caractère personnel ou des données sensibles ?	43
III.4. Incidences sur d'autres domaines juridiques	47
a. Droit civil et familial	48
b. Droit de l'égalité et de la non-discrimination	49
c. Droit du travail et droit de la sécurité sociale	52
Conclusion	54



Introduction¹

Le 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle de Belgique a rendu un arrêt² particulièrement remarqué en annulant partiellement 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 effets³. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, cette loi facilite le changement de l'enregistrement du sexe sur les actes d'état civil de « F » vers « M » et inversement. Cette procédure est entièrement démedicalisée et n'est plus liée à une mise en conformité du corps qui supposait notamment, sous le régime juridique antérieur, une stérilisation, une hormonothérapie et la modification des organes génitaux externes⁴.

Pour les personnes majeures, la modification de l'enregistrement du sexe⁵ se fait désormais sur simple déclaration devant l'officier de l'état civil qui doit être renouvelée dans un délai de trois à six mois. Il s'agit de faire part de « la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement » (article 135/1, § 1 du Code civil). Cette procédure simplifiée de modification du sexe enregistré n'était, dans la loi de 2017, accessible qu'une seule fois, sauf à saisir le tribunal de la famille qui pouvait, dans des « circonstances exceptionnelles » - erreur ou transphobie, par exemple – autoriser un retour au sexe initialement enregistré (article 135/1, § 9 du Code civil).

C'est bien ce caractère irrévocable, qui méconnaît le phénomène de la fluidité des genres, que la Cour constitutionnelle a annulé (para. B.8.8 à B.8.10)⁶.

¹ Notez que les développements de cette introduction consacrés à la mise en contexte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 sont, pour partie, tirés d'une contribution soumise au *Journal des tribunaux* par E. Bribosia et I. Rorive en décembre 2019.

² Cour const., n° 99/2019 du 19 juin 2019, rôle n° 6813.

³ *M.B.*, 10 juillet 2017, ci-après « loi transgenre ».

⁴ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007. Sur l'application de la loi du 10 mai 2007, voy. notamment J. MOTMANS, I. DE BIOLLEY & S. DEBUNNE, « *Being transgender in Belgium. Mapping the social and legal situation of transgender people* », Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, 2010. Sur la portée de la loi du 25 juin 2017, voy. notamment E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, n°6724, 2018, p. 261-266.

⁵ Nous utilisons ici le terme « sexe », plutôt que celui de « genre » pour coller au plus près de la terminologie utilisée par le législateur, et à laquelle la Cour constitutionnelle se réfère.

⁶ Notez que le dispositif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle renvoie à la numérotation des articles du Code civil qui n'étaient plus en vigueur au moment où elle a statué. À la suite de la loi du 18 juin 2018 portant des dispositions



Elle a également dénoncé une lacune dans la loi du 25 juin 2017 qui n'a rien prévu pour les personnes non binaires, c'est-à-dire celles qui ne s'identifient ni aux hommes, ni aux femmes, mais pour qui le genre est un spectre qui ne peut se réduire à une norme binaire. Tout en soulignant qu'il appartient au législateur « et à lui seul » (para. B.7.3) d'adapter la loi, la Cour constitutionnelle lui a soufflé deux possibilités, manifestement inspirées d'un arrêt que son homologue allemand avait rendu dans un autre contexte, au sujet de la situation des personnes intersexes⁷. Ainsi, elle a renvoyé la balle au législateur en ces termes : « Il y a (...) pour remédier à cette inconstitutionnalité, *plusieurs possibilités*, parmi lesquelles *la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires* permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également *la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne* » (para. B.7.3, notre accent).

Cet arrêt a été rendu par un siège composé de l'ensemble des douze juges de la Cour constitutionnelle alors qu'en principe, c'est un siège de sept juges qui est réuni. Cette formation plénière atteste tant de l'importance de la question traitée que de la volonté d'associer toutes les tendances philosophiques et politiques présentes au sein de la Cour. Si cette formation plénière ne permettait pas d'assurer un équilibre de genre - trois femmes sur douze -, il convient de relever que cette proportion de 25% reste un record dans l'histoire de la Cour⁸. Du reste et dans la limite des informations que nous avons pu recueillir dans le respect du secret du délibéré, il semble qu'aucune tension linguistique entre juges néerlandophones et francophones n'ait eu lieu. De même aucune fracture entre les juges issus du monde parlementaire et ceux issus du monde juridictionnel ou académique ne semble s'être manifestée⁹.

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), l'article 62*bis* est devenu l'article 135/1 du Code. Il s'agit manifestement d'une erreur matérielle et les mentions relatives au caractère irrévocable de la modification du sexe enregistré doivent être considérées comme ayant été annulées dans le § 3, alinéa 2, le § 5, alinéa 2, 3° et le § 10 de l'article 135/1 (et non pas de l'article 62*bis*) du Code civil.

⁷ Bundesverfassungsgericht, arrêt du 10 octobre 2017, n°1BvR 2019/16. À l'époque, le droit allemand permettait que l'enregistrement du sexe des personnes intersexes ne soit pas inscrit sur leur acte de naissance, mais il n'offrait pas de possibilité d'un enregistrement conforme au sexe de ces personnes (par exemple : « inter/divers »), ce qui a été jugé discriminatoire (voy. *infra* dans ce rapport, point I.1.1).

⁸ Il s'agit des juges Trees Merckx-Van Goeij, Riet Leysen et Joséphine Rebecca Moerman, toutes trois rattachées au groupe linguistique néerlandais.

⁹ Ces informations nous ont été communiquées par Dr. Pieter Cannoot, chercheur au Centre des droits de l'homme et au Centre de droit constitutionnel de l'Université de Gand qui fut le conseil juridique des associations LGBTIQ+ dans leur recours en annulation contre la loi du 25 juin 2017. Elles nous ont été confirmées par Marie-Françoise



La portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 peut paraître particulièrement audacieuse. Le contrôle de constitutionnalité qui y est exercé au regard du principe d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) n'en est pas moins conforme à la jurisprudence de cette juridiction. Rappelons que la loi transgenre adoptée en 2017 est le résultat d'un lobbying intense de la société civile qui s'est appuyée sur les ressources offertes par le droit international et européen des droits humains¹⁰ pour dénoncer l'économie générale de la législation fédérale belge alors en vigueur, ancrée dans une approche psychiatrique des transidentités. Ce contexte permet de comprendre comment l'exposé des motifs de la loi transgenre de 2017 se retrouve truffé de références au droit à l'autodétermination, lesquelles sont difficilement conciliables avec plusieurs dispositifs qui renvoient implicitement à une personne transgenre qui ne serait pas en pleine possession de ses moyens. Parmi ces dispositifs, figure l'irrévocabilité de principe du changement de l'enregistrement du sexe. Elle a été justifiée afin « de prévenir et éviter les cas de fraude où une personne pourrait changer l'enregistrement du sexe constamment »¹¹. Lors des auditions devant la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants, le législateur a été averti de ces incohérences. Du reste, plusieurs des associations auditionnées ont insisté sur le fait que les personnes dont « l'identité de genre change plusieurs fois durant la vie » ne devraient pas se voir interdire de modifier plus d'une fois leur genre enregistré par la procédure simplifiée¹² et que la représentation d'une personne transgenre qui devrait être protégée contre les changements « irréfléchis » était stéréotypée et ne reposait sur aucune donnée scientifique sérieuse¹³. Qui plus est, la situation des personnes non binaires a été évoquée lors des débats parlementaires, mais elle n'a jamais été sérieusement envisagée tant l'identité de genre binaire constitue l'une des catégories structurantes de notre société¹⁴.

Rigaux, référendaire à la Cour constitutionnelle. Nous les remercions très vivement tous les deux pour leur éclairage. Il va de soi que les opinions exprimées dans cette consultation n'engagent que leurs auteures.

¹⁰ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Human Rights Integration in Practice: Making Equality Law Work for Trans People in Belgium », in E. BREMS (ed.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Edward Elgar Publishers, 2018, p. 111-138.

¹¹ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/001, p. 22.

¹² Voy. notamment l'audition de Katrien Van Leirberghe, représentante de l'asbl "Çavaria", *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 35-36. Pour de plus amples développements sur les auditions, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Human Rights Integration in Practice: Making Equality Law Work for Trans People in Belgium », *op. cit.*, p. 111-138.

¹³ Projet de loi précité, Exposé des motifs, 4 avril 2017, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 9. Voy. également les auditions de Genres pluriels et de l'Equality Law Clinic, *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 42-49.

¹⁴ *Doc. Parl.*, Chambre, session 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 51-52.



C'est bien de ces incohérences que les parties requérantes¹⁵ se sont saisies, pour introduire un recours en annulation fondé principalement sur la violation du principe d'égalité et de non-discrimination ainsi que sur le droit au respect de la vie privée. Ce recours a été construit de manière à tirer tout le parti du mécanisme de contrôle de constitutionnalité et d'un de ses outils principaux, le test de proportionnalité. Dès lors que la loi vise les personnes transgenres et que le législateur connaissait la diversité de leurs situations, les personnes non binaires ainsi que celles dont l'identité de genre est fluide relèvent de son champ d'application. L'enjeu était alors d'établir la comparabilité des situations, sachant que la Cour constitutionnelle cède rarement aux arguments du gouvernement qui tentent de la réfuter. En l'espèce, c'est sans succès que le Conseil des ministres a tenté de contester la comparabilité des personnes « transgenres » et des personnes « intergenres » (comprenez non binaires), afin d'écarter la violation du principe d'égalité¹⁶.

En s'appuyant sur l'évolution du droit international des droits humains, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et sur le droit à l'autodétermination qui a servi de guide au législateur pour la réforme de 2017, la Cour constitutionnelle juge qu'il n'est pas raisonnablement justifié qu'à la différence des personnes dont l'identité de genre est binaire, celles dont l'identité de genre est non binaire ou fluide doivent accepter un enregistrement dans leur acte de naissance qui ne correspond pas à leur identité de genre¹⁷.

L'Equality Law Clinic a été saisie par l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes pour son expertise en la matière. Créée en octobre 2014 pour contribuer concrètement à la promotion de l'égalité et de la justice et pour s'attaquer à des cas de discriminations structurelles par la voie juridique, l'Equality Law Clinic¹⁸ a, dès le départ, travaillé sur les droits des personnes transgenres et intersexes (voy. [ici](#)). Dans un premier temps, en collaboration avec l'association Genres Pluriels et la Ligue des Droits Humains, l'Equality Law Clinic a élaboré un projet de réclamation devant le Comité européen des droits sociaux en charge de la supervision de la Charte sociale européenne. Dans un deuxième temps, eu égard à la volonté politique d'honorer l'accord de gouvernement fédéral de 2014 de modifier la loi « relative à la transsexualité », l'Equality Law Clinic s'est jointe au communiqué de presse intitulé « [Belgium must respect the fundamental rights of transgender people](#) » à l'occasion de la Pride 2016. Ensuite, l'Equality Law Clinic a œuvré en collaboration avec l'association Genres Pluriels, Amnesty International, la Ligue des Droits Humains et les trois coupoles LGBTQI+ du pays

¹⁵ Il s'agit de Çavaria, la Maison Arc-en-Ciel et Genres Pluriels, trois associations qui avaient participé aux auditions devant la Commission Justice de la Chambre des Représentants le 25 avril 2017.

¹⁶ Arrêt n° 99/2019 précité, para. A.4.2.2 et la réponse de la Cour au para. B.6.3.

¹⁷ Arrêt n° 99/2019 précité, para. B.6.6.

¹⁸ Notez que l'Equality Law Clinic a été créée dans le cadre du Pôle d'attraction Interuniversitaire, *The Global Challenge of Human Rights Integration : Towards a Users' Perspective* (2013-2018) qui rassemblait, outre l'Université d'Utrecht, les universités belges suivantes : UGent, UAntwerp, VUB, USL-Bruxelles et l'ULB.



(Rainbowhouse, çavaria, Arc-en-ciel Wallonie) afin d'élaborer une [législation relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels](#) qui soit respectueuse des droits des personnes transgenres et intersexes tout en prenant en compte l'ensemble des volets générateurs d'exclusion (état civil, droit à la santé, non-discrimination).

Dans le cadre de ces différents processus, l'Equality Law Clinic a récolté de nombreux témoignages de personnes transgenres et intersexes qui ont subi des traitements discriminatoires dans différents domaines de la vie sociale : éducation, emploi, logement, transports, etc. Ces discriminations résultaient en partie de la loi relative à la transsexualité de 2007 et des obstacles qu'elle prévoyait pour le changement de leur état civil. Une [brochure d'information](#) à destination du grand public a également été réalisée. L'Equality Law Clinic a, enfin, organisé, le 15 mars 2017, une [conférence-débat intitulée « Les droits bafoués des personnes trans en Belgique en 2017 »](#). Cet événement a été l'occasion de réunir des spécialistes de différentes disciplines (psychologues, médecins, juristes), des représentant·e·s du monde associatif et du monde politique. À cette occasion, l'engagement a été pris d'organiser des auditions dans le cadre du débat parlementaire qui allait débiter à la suite du dépôt, au parlement fédéral, du projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets (no. 2403/1). [L'ELC a été invitée à participer aux auditions](#) organisées le 25 avril 2017 à la Chambre des Représentants et plusieurs de ses observations se sont traduites par des amendements législatifs.

À l'issue de ce processus l'Equality Law Clinic a considéré que la loi transgenre du 25 juin 2017 constitue une amélioration substantielle du droit en vigueur, même si elle ne tire pas toutes les conséquences du droit fondamental à l'autodétermination, et qu'elle ne couvre pas, ou imparfaitement, les questions d'accès et de remboursement des soins de santé, la situation des mineurs (en dessous de 16 ans) ainsi que celle des personnes intersexes¹⁹. L'Equality Law Clinic n'a cependant pas participé au recours devant la Cour constitutionnelle qui a donné lieu à l'arrêt du 19 juin 2019. Elle a, par contre, avec des associations de la société civile, souhaité attirer l'attention des autorités belges sur la nécessité urgente d'établir un cadre juridique de protection des droits fondamentaux des personnes intersexes. Pour ce faire, elle a élaboré un [Mémoire](#) « Pour une reconnaissance par la Belgique des droits fondamentaux des personnes intersexes », en étroite collaboration avec Genres Pluriels qui a été diffusé le 23 avril 2019.

C'est dans ce contexte que l'Equality Law Clinic a été saisie par l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes afin de rédiger le présent rapport. Les questions soumises par

¹⁹ E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, n° 6724, 2018, p. 261-266, spéc. p. 266.



l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes à l'Equality Law Clinic suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 sont les suivantes :

- Quelles sont les lacunes législatives identifiées par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 ?
- Quelles sont les principales solutions à apporter afin de combler ces lacunes ainsi que les avantages et les inconvénients de chacune de ces solutions ?
- Quelle est, du point de vue du droit comparé, la situation d'autres pays pertinents en la matière ?
- Quel est le potentiel d'adaptabilité de la législation de ces autres pays à la Belgique ?

Le présent rapport a pour objet d'y répondre. Il s'agira d'abord de rendre compte de modalités non binaires d'enregistrement du sexe et/ou du genre dans des pays dont la culture constitutionnelle est suffisamment proche de celle de la Belgique pour apporter des enseignements pertinents (I.). Il s'agira ensuite d'évaluer ces approches tirées du droit comparé à la lumière du respect des droits fondamentaux (II.). Il s'agira enfin de débattre de la transposabilité des approches envisagées au contexte juridique belge (III.).

Ce rapport a fait l'objet de trois réunions préparatoires à l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes les 4 octobre, 19 novembre et 6 décembre 2019. Deux d'entre elles (4 octobre et 6 décembre) ont mis autour de la table des représentants du monde associatif impliqués dans la défense des droits des personnes transgenres et intersexes.

Par ailleurs, ce rapport a bénéficié des éclairages de nombreuses personnes que nous souhaitons ici remercier :

- Dr. Sara Aguirre (Faculté des sciences psychologiques et de l'éducation, ULB)
- Robin Banks (PhD Candidate, Faculty of Law, University of Tasmania, former Tasmanian Anti-Discrimination Commissioner)
- Dr. Romina Bartolo (Juris Advocate et experte nationale pour Malte dans le European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)
- Prof. Susanne Burri (Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie, Universiteit Utrecht, précédente coordinatrice du European Network of Legal Experts in the field of Gender Equality)
- Dr. Pieter Cannoet (Faculteit Recht en Criminologie, UGent)
- Prof. Caroline Closon (Faculté des sciences psychologiques et de l'éducation, ULB),
- Charly Derave (avocat, assistant à la Faculté de droit et de criminologie, ULB)
- Prof. Petra de Sutter (Faculteit Geneeskunde en Gezondheidswetenschappen, UGent, gynécologue et députée européenne)



- Prof. Maria do Rosário Palma Ramalho (Faculté de Droit, Université de Lisbonne, experte nationale pour le Portugal dans le European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)
- Prof. Carine Doutrelepont (Faculté de droit et de criminologie, ULB et avocate)
- Dr. Peter Dunne (University of Bristol Law School et expert membre du Comité exécutif dans le European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)
- Prof. Benoît Frydman (juriste et philosophe, Faculté de droit et de criminologie, ULB),
- Prof. Jean Jacquain (prof. invité de droit social, ULB et précédent expert pour la Belgique dans le European network of legal experts in gender equality and non-discrimination)
- Londé N'Gosso (administrateur et co-fondateur de Genres pluriels)
- Jean-Ferdinand Puyraimond (avocat et chercheur au Centre de droit privé, Faculté de droit et de criminologie, ULB)
- Marie-Françoise Rigaux (référendaire à la Cour constitutionnelle de Belgique)
- Dr. Marjolein van den Brink (Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie, Universiteit Utrecht)
- Nathalie Wuiame (experte en gender mainstreaming, directrice du CESEP et de gender, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination).

Ce rapport est avant tout une analyse académique qui n'engage que ses auteures. Il n'est absolument pas conçu pour refléter l'opinion de l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, ni celle des associations qui ont participé aux réunions destinées à en débattre, ni encore celle des différentes personnes qui ont été consultées et qui sont mentionnées ici.



I. Enregistrement du sexe et/ou du genre en droit comparé

Plusieurs pays ont adapté leur législation afin que l'enregistrement du sexe à l'état civil soit plus respectueux du droit à l'autodétermination des personnes transgenres et intersexes. Les deux types de solutions suggérées par la Cour constitutionnelle belge, à savoir créer un troisième marqueur de genre ou supprimer la mention du sexe à l'état civil, sont ainsi reprises dans le droit positif de certains États. Partout, les évolutions sont récentes et sont souvent imprimées par des recours juridictionnels. L'organisation de contentieux stratégiques qui puisent leurs ressources juridiques dans une dynamique globale sert ainsi à mettre la pression sur les systèmes juridiques, par le jeu de la mise en œuvre du principe d'égalité et de non-discrimination²⁰. Dans ce mouvement, le droit comparé sert d' « autorité persuasive » et contribue à la déconstruction du paradigme national, en ouvrant de nouvelles voies dans un environnement de protection des droits humains où les références internationales, européennes et nationales se croisent et s'entremêlent²¹.

Pour rester dans les limites assignées à ce rapport, nous avons restreint notre analyse aux cas les plus emblématiques de droit comparé qui permettent d'explorer les deux pistes de solutions suggérées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 19 juin 2019²². Un tableau plus complet a tenté d'articuler la comparaison en fonction de la mention du sexe lors de l'enregistrement du sexe à la naissance, de la modification postérieure du sexe/genre et de l'indication du sexe/genre sur les documents d'identité. Cet exercice s'est révélé assez périlleux dans la mesure où les informations disponibles donnent rarement cette vision d'ensemble.

²⁰ Pour une analyse de ce type de dynamique, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Anti-discrimination Law in the Global Age », *European Journal of Human Rights*, 2015/1, p. 3-10.

²¹ I. RORIVE, « Lutter contre les discriminations », in C. BRICTEUX et B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 39-59, spéc. p. 50-59. Voy. aussi E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *Human Rights Tectonics*, Cambridge, Intersentia, 2018.

²² Pour une analyse de droit comparé plus large, voy. P. CANNOOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation : Towards an inclusive legal system*, Thèse de doctorat réalisée sous la direction des professeurs Toon Moonen et Eva Brems, soutenue devant la Faculté de Droit et de Criminologie de l'Université de Gand le 30 septembre 2019, p. 251-280.



I.1. Première approche : création d'une ou plusieurs catégories de sexe/genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité

a. Allemagne (suivie par l'Autriche), une troisième catégorie (« X ») à l'état civil, réservée aux personnes intersexes

En Allemagne, toute personne doit être enregistrée dans le registre des naissances qui mentionne notamment le sexe de cette personne²³. Avant l'adoption de la loi du 13 décembre 2018 introduisant une troisième catégorie de sexe à l'état civil, la loi du 7 mai 2013²⁴ permettait de ne pas faire mention du sexe sur l'acte de naissance d'un enfant intersexe (*infra*, point I.2.a).

Dans un arrêt du 10 octobre 2017²⁵, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que la législation sur l'état civil, alors en vigueur, était discriminatoire pour les personnes intersexes qui ne peuvent voir leur sexe enregistré conformément à leur identité. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a également considéré que cette législation violait le droit de la personnalité, garanti par la Loi fondamentale allemande²⁶, pour « *those who cannot permanently be assigned either the gender 'male' or 'female'* »²⁷. Pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, aucune disposition constitutionnelle n'exige que le genre soit décliné de manière binaire ou qu'il fasse partie de l'état civil. Elle souligne également que l'argument tiré des charges bureaucratiques et financières additionnelles qu'entraînerait la modification de l'enregistrement du sexe dans l'état civil ne peut pas servir de justification à une ingérence dans le droit à l'autodétermination²⁸.

Eu égard à ce qui précède, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a invité le législateur à adapter la législation, avant la fin de l'année 2018. Elle lui a suggéré deux voies : soit

²³ Personenstandsgesetz (PStG), 19 février 2007, en ligne : <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>, article §21.

²⁴ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG) vom 7 Mai 2013, 7 mai 2013, en ligne : <https://www.jurion.de/gesetze/pstraendg/>.

²⁵ Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, n° 1BvR2019/16.

²⁶ Article 2(1) lu en combinaison avec l'article 1(1) de la Loi fondamentale (Grundgesetz – GG).

²⁷ Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, n° 1BvR2019/16, §48.

²⁸ Dans le même sens concernant la modification du sexe enregistré d'une personne qui avait subi des opérations dites de réassignation sexuelle, voy. Cour eur. dr. h. (GC), *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002 (req. n° 28957/95).



reconnaître une troisième catégorie non binaire, soit supprimer la mention du sexe à l'état civil²⁹.

La loi allemande du 13 décembre 2018 « modifiant les informations à inscrire au registre de naissance »³⁰ a ainsi été adoptée pour se conformer à l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, tout en limitant la mise en œuvre de la réforme aux seules personnes intersexes. Elle introduit la possibilité de mentionner un sexe « divers » (*divers* en allemand) en utilisant la lettre « X » à l'état civil. Cette mention est exclusivement réservée aux personnes intersexes, définies comme des personnes présentant des variations des caractéristiques sexuelles devant être prouvées par un certificat médical³¹. Cette mention est, en outre, facultative dans la mesure où les parents des enfants intersexes peuvent toujours décider de ne pas enregistrer de sexe dans l'état civil³². Ceci signifie qu'une personne avec des variations des caractéristiques sexuelles pourrait rester, sa vie durant, avec un certificat de naissance dans lequel aucun enregistrement de sexe ne figure. Cette possibilité reste dans une large mesure théorique étant donné que des recherches récentes ont montré que la « case blanche » pour l'enregistrement du sexe a été très peu utilisée et que, dans les cas où elle l'a été, ce n'était que de manière temporaire, car elle avait pour effet d'augmenter le recours aux traitements médicaux normalisateurs³³. La loi permet également aux personnes intersexes de modifier le sexe enregistré sur leur acte de naissance lorsqu'elles ont atteint l'âge de 14 ans (voire avant cet âge, avec l'accord d'un représentant légal), à la condition de disposer d'un certificat médical prouvant l'existence de variations des caractéristiques sexuelles³⁴. On notera, de manière intéressante, que ces

²⁹ Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, n° 1BvR2019/16, §52.

³⁰ Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18 Dezember 2018, 21 décembre 2018, en ligne: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl118s2635.pdf%27%5D_1560101127003.

³¹ Article §22(3) PstG.

³² Sur les controverses à ce sujet et pour une présentation plus détaillée du régime allemand, voy. P. CANNOOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: Towards an inclusive legal system*, *op. cit.*, p. 253-257.

³³ *Ibid.*, p. 255 et la référence citée en note 916 : M. TRAVIS et F. GARLAND, « Legislating Intersex Equality : Building the Resilience of Intersex People through Law », *Legal Studies*, 2018, p. 15. Les traitements médicaux normalisateurs sont des « opération(s) chirurgicale(s) et/ou traitement(s) hormonal(aux) ayant pour objectif de mettre en conformité les caractéristiques sexuelles primaires et secondaires des personnes inter* à ce que sont les normes sociale et médicale, à savoir la binarité mâle-femelle ou féminin-masculin, selon que l'on considère respectivement le sexe ou le genre » (C. DERAIVE, « Venir à bout des procédures médicales de normalisation des personnes inter* : une requête à la Cour européenne des droits de l'Homme », Travail de fin d'études du Master en droit, Université Libre de Bruxelles, 14 août 2018, en ligne : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/derave_working_paper_dec2018.pdf, p. 15.)

³⁴ Article §45b PStG.



changements dans l'état civil n'ont, à notre connaissance, pas d'incidence sur la carte d'identité dans la mesure où celle-ci ne mentionne pas le sexe des personnes en Allemagne³⁵.

L'Autriche a emboîté le pas à l'Allemagne à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle autrichienne dans lequel une personne intersexe demandait que son sexe enregistré dans l'état civil soit modifié de « M » à « inter ».

Par un arrêt du 15 juin 2018, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé que le droit au respect de l'identité de genre, protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, exige que des règles d'enregistrement du sexe suffisamment flexibles soient mises en place par les autorités pour prendre en compte la situation des personnes présentant des variations des caractéristiques sexuelles, en ce compris la mention d'une catégorie non binaire ou la possibilité de ne pas enregistrer le sexe dans l'état civil³⁶.

La nouvelle législation autrichienne, adoptée dans la foulée, s'est inspirée de la loi allemande du 13 décembre 2018. Le législateur a toutefois renforcé les conditions entourant la délivrance du certificat médical chargé d'attester l'existence de variations des caractéristiques sexuelles : celui-ci doit être délivré par une instance médicale désignée par le Ministre de la Santé³⁷.

³⁵ Pour la liste des données visibles sur la carte d'identité allemande et celles figurant sur la puce électronique, voy. https://www.personalausweisportal.de/DE/Buergerinnen-und-Buerger/Der-Personalausweis/Details/DatenAusweis/datenAusweis_node.html. Le numéro à 6 chiffres présent sur la carte d'identité (« zuggangs nummer ») ne contient aucune information sur la personne et ne sert que dans des cas particuliers comme lors du blocage du code PIN de la carte. Notez cependant qu'il semblerait que le numéro d'identification fiscal allemand (qui n'apparaît sur aucune pièce d'identité) soit généré depuis 2007 : à ce sujet, voy. https://www.senat.fr/lc/lc181/lc181_mono.html#toc1. Cependant, le fait que le sexe ne soit pas mentionné sur la carte d'identité est contrebalancé par la réglementation allemande concernant l'octroi de prénoms genrés : Germany, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen 1980 [NamÄndVwV], §67. Précisons cependant que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a jugé en 2008 que, malgré cette réglementation, les parents ont le droit de donner un prénom non généré à leur enfant.

³⁶ Verfassungsgerichtshof Österreich, 15 juin 2018, 77/2018. Résumé officiel en anglais, 15 juin 2018, en ligne : https://www.vfgh.gv.at/downloads/Bulletin_2018-2_AUT-2018-1-003_G_77-2018.pdf. Dans une affaire similaire, la Cour de cassation française a, au contraire, refusé de reconnaître un sexe neutre en soulignant l'importance de la binarité considérée comme une « dualité nécessaire à l'organisation sociale et juridique » (Cass. fr. civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189). Sur la situation en France (et au-delà dans l'ouvrage ici indiqué), voy. B. MORON-PUECH, « The Legal Status of Intersex People in France », in J.M. SCHERPE, A. DUTTA et T. HELMS (eds), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge Intersentia, 2018, p. 305-317.

³⁷ Organisation Intersex International (OII) Europe, « Austria tops Germany's bad practice example – no self-determination for the Austrian 3rd gender marker », 9 janvier 2019, en ligne : <https://oiieurope.org/austria-3rd-gender-marker/>.



b. Malte, une troisième catégorie (« X ») admise sur des documents d'identité, sans possibilité de modification de l'état civil

Pour la reconnaissance du droit à l'autodétermination relativement à l'identité de genre, Malte est considéré comme un « modèle » depuis l'adoption de la loi du 14 avril 2015 : *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*³⁸. Cette loi dispose que « Toute personne citoyenne de Malte a droit à la reconnaissance de son identité de genre ; au développement libre de sa personne selon son identité de genre ; à être traitée en accord avec son identité de genre et, en particulier, à être identifiée de cette façon dans les documents établissant son identité ; et à l'intégrité corporelle et l'autonomie physique »³⁹ (traduction libre).

Dans la ligne de cette législation, le gouvernement maltais a déclaré, le 5 septembre 2017, qu'il était possible d'inscrire, sur simple déclaration devant un notaire, un genre X « non-spécifié » (*unspecified* en anglais) sur les documents d'identité en ce compris les passeports, les cartes d'identité et les permis de résidence⁴⁰. Cette troisième catégorie de genre ne modifie pas le sexe inscrit dans l'acte de naissance qui, lui, reste binaire⁴¹. Il est toutefois possible pour les personnes intersexes de retarder l'enregistrement de leur sexe à l'état civil (*infra*, point I.2.b). Dans la mesure où aucun règlement d'application n'a été édicté par le gouvernement maltais et que peu de détails sur l'utilisation de ce troisième genre sont disponibles, il est aujourd'hui impossible de mesurer l'impact de cette déclaration⁴² dans un pays qui compte moins de

³⁸ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC), 14 avril 2015, en ligne : <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>.

³⁹ Article 3(1) GIGESC. Cette loi interdit également les traitements médicaux normalisateurs des personnes intersexes mineures (article 14). Le Portugal a fait de même dans sa loi n° 38/2018 du 7 août 2018 relative à l'établissement du droit à l'autodétermination de l'identité de genre et de l'expression de genre et le droit à la protection des caractéristiques sexuelles de chaque personne (article 5).

⁴⁰ Y. PACE, « Malta Introduces « X » Marker on Passports, ID Cards and Work Permits », 5 septembre 2017, *Malta Today*, en ligne : https://www.maltatoday.com.mt/news/national/80228/malta_introduces_x_marker_on_passports_id_cards_and_work_permits.

⁴¹ Ceci, à l'inverse de l'Allemagne et de l'Autriche. L. HOLZER, « État civil de demain et transidentité : rapport final », Mission de recherche Droit et justice, mai 2018, p. 19.

⁴² L. HÉRAULT (dir.), « État civil de demain et transidentité : rapport final », Mission de recherche Droit et justice, mai 2018, p. 65.



500.000 habitants et dans lequel l'emprise de la religion catholique romaine reste très prégnante⁴³.

Concernant plus spécifiquement le passeport, il importe de souligner que Malte n'est pas le seul pays européen permettant l'inscription d'un troisième genre « X » sur le passeport de ses citoyens. Comme à Malte, les quelques pays européens qui autorisent l'inscription d'un troisième genre sur le passeport, continuent, mis à part l'Allemagne⁴⁴, à disposer d'un enregistrement binaire à l'état civil⁴⁵.

Au-delà de l'Europe, d'autres pays autorisent l'inscription d'un « X » sur le passeport : notamment l'Australie depuis 2011 (sur dépôt d'une lettre de recommandation d'un médecin ou d'un certificat de reconnaissance de genre), la Nouvelle-Zélande, depuis 2012 (sur simple demande) et le Canada depuis 2019 (sur simple demande). Certains pays d'Asie du Sud offrent la possibilité d'inscrire un troisième genre sur le passeport : le Népal, depuis 2015 (la mention « O » (*other*) est disponible aux personnes dont la mention « O » est inscrite sur leur certificat de citoyenneté), l'Inde, depuis 2015 (la mention « T » (*transgender*) est disponible sur base d'un certificat médical) et le Pakistan, depuis 2017 (il semble que la mention « X » soit disponible sur demande)⁴⁶.

⁴³ Ainsi, par exemple, ce n'est qu'en 2011, suite à un referendum qui a recueilli 53% des suffrages exprimés que le divorce a été introduit dans le Code civil maltais.

⁴⁴ Rundschreiben des Innenministeriums vom 16. September 2013 (Az. IT 4 - 20105/20#21).

⁴⁵ C'est le cas notamment au Danemark depuis 2014 où le « X » est disponible pour les personnes considérées comme transgenres par la Clinique sexologique de l'Hôpital national (§4(5) « Bekendtgørelse om pas m.v. » (Décret exécutif sur les passeports)). Voy. aussi les débats jurisprudentiels aux Pays-Bas (Rechtbank Limburg, 28 May 2018, n°ECLI:NL:RBLIM:2018:4931 et « Kabinet ziet af van wetswijziging die aanvraag genderneutraal paspoort makkelijker maakt », 22 janvier 2019, en ligne : <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/kabinet-ziet-af-van-wetswijziging-die-aanvraag-genderneutraal-paspoort-makkelijker-maakt-b0071137/>) et au Royaume-Uni (Court of Appeal, *Christie Elan-Cane v. The Secretary Of State For The Home Department*, affaire en cours - voy. <https://www.judiciary.uk/publications/elan-cane-v-the-secretary-of-state-for-the-home-department-another/>).

⁴⁶ Pour le Népal, voy. « Passports for third gender », *The Himalayan Times*, 7 août 2015, en ligne : <https://thehimalayantimes.com/kathmandu/passports-for-third-gender/>. Pour l'Inde, voy. « In a first, Mumbai activist's passport lists sex as transgender », *The Times of India*, 4 mai 2015, en ligne : <https://timesofindia.indiatimes.com/city/mumbai/In-a-first-Mumbai-activists-passport-lists-sex-as-transgender/articleshow/46460177.cms>. Pour le Pakistan, voy. « Pakistan Issued Its First Passport Recognizing A Transgender Designation », *Huffington Post*, 26 juin 2017, en ligne : https://www.huffpost.com/entry/pakistan-first-passport-transgender-designation_n_59513135e4b05c37bb782260?guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ_29vZ2xlLmJlLw&guce_referrer_sig=AQAAABKHL4NMw8RbIA3axfNM-s0_LhSyrK7qHvilVrsQ5gkkDbkvf_UZmGQaqzK535ShWYATj_jmeWA6q82jrn-qFuBSHi9L7QeRGTC3Kvcq3YkilUk3-ht8_O8Ob3r3L6zqHW_Tw9mWlNtmi3WQ_X8opI1piV9yTUG2KvFkhJnNEE3H&gucounter=2



Par ailleurs, concernant les autres documents d'identité, plusieurs États américains ont, comme Malte, suivi ce mouvement de reconnaissance de catégories de genre non binaires en ajoutant des options non binaires sur les actes de naissance ou les permis de conduire de leurs citoyens, deux documents importants pour l'identification des personnes dans un pays qui ne connaît pas la carte d'identité nationale⁴⁷.

c. Tasmanie, plusieurs catégories de genre admises a posteriori sur l'acte de naissance

Ces dernières années, l'Australie a connu plusieurs changements majeurs concernant la reconnaissance légale de l'identité de genre. Un premier arrêt de la Cour d'appel de la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud, du 31 mai 2013⁴⁸, a permis l'inscription de la mention « sexe neutre » (*non-specific*) sur les certificats de naissance, décès et mariage. La Cour a considéré que « le mot 'sexe' dans [la loi en question] ne comporte pas un sens binaire [...] une personne [ayant] le droit d'avoir une inscription au Registre d'un sexe autre que ces marqueurs »⁴⁹ (traduction libre). Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt unanime, du 2 avril 2014, rendu par la Haute Cour d'Australie, la plus haute juridiction du pays⁵⁰. Ce précédent judiciaire, ayant valeur juridique obligatoire dans ce pays de *common law*, vient ainsi confirmer la possibilité d'enregistrement d'un sexe neutre dans les registres officiels dont la compétence relève des entités fédérées en Australie⁵¹.

Par ailleurs, le *Sex Discrimination Act* de 1984 a été modifié en 2013 afin de viser de nouveaux motifs de discrimination, à savoir l'orientation sexuelle, l'identité de genre et le statut intersexe d'une personne. Cette modification a été accompagnée par l'adoption, en juillet 2013, de « Lignes directrices du gouvernement australien sur la reconnaissance du sexe et du genre » qui disposent que « [l]e gouvernement australien reconnaît que les individus peuvent s'identifier et être reconnus au sein de la communauté dans un genre autre que le sexe qui leur a été assigné à la naissance ou pendant l'enfance, ou dans un genre qui n'est pas exclusivement masculin ou féminin. Cela devrait être reconnu et reflété dans leurs dossiers personnels tenus par les

⁴⁷ Voy. R. SAVAGE, « These 11 US states are now issuing third gender IDs », 7 février 2019, en ligne : <https://www.weforum.org/agenda/2019/02/nonbinary-intersex-11-u-s-states-issuing-third-gender-ids/>

⁴⁸ Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales, 31 mai 2013, *Norrie v. NSW, Registrar of Births, Deaths and Marriages*.

⁴⁹ *Ibid.*, §200.

⁵⁰ High Court of Australia, 2 avril 2014, *NSW, Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, n° S273/2013, §46.

⁵¹ K. BURNS, « High Court recognises category of “non-specific” sex », 3 avril 2014, *Rule of Law – Institute of Australia*, <https://www.ruleoflaw.org.au/norrie-high-court/>.



ministères et les différentes autorités publiques du gouvernement australien. »⁵² (traduction libre).

Dans ce contexte, la Tasmanie est l'un des six États d'Australie qui a été le plus loin dans la prise en compte du droit à l'autodétermination. Sur la base de recommandations émises par la Commission pour l'égalité des chances de Tasmanie⁵³, la campagne *TransForming Tasmania* a été menée pour donner aux personnes transgenres et intersexes une reconnaissance juridique. Ces recommandations ont constitué la base de la campagne locale *TransForming Tasmania*⁵⁴ qui a conduit à l'adoption de la loi du 8 mai 2019 intitulée *Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act*⁵⁵, en vertu de laquelle différentes catégories de genre peuvent être inscrites *a posteriori* sur les actes de naissance. Cette loi rend également facultative la mention du sexe/genre sur l'acte de naissance, bien que le sexe d'une personne continue à être enregistré dans un registre spécifique (le registre des naissances) (*infra*, point I.2.c).

L'article 3A de la loi du 8 mai 2019 précitée définit le terme « genre » comme étant :

- (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 and that is prescribed; or*
- (f) *a word or phrase that is used to indicate a person's perception of the person's self as being neither entirely male nor entirely female.*⁵⁶

⁵² Australian Government, « Guidelines on the recognition of Sex and Gender », juillet 2013 actualisé en novembre 2015, en ligne :

<https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf>, §1.

⁵³ Anti-Discrimination Commissioner, Equal Opportunity Tasmania, « Legal recognition of sex and gender diversity in Tasmania: Options for amendments to the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999 », 2016, en ligne : https://equalopportunity.tas.gov.au/_data/assets/pdf_file/0009/338490/EOT_Options_paper_on_legal_recognition_of_sex_and_gender_diversity_in_Tasmania_-_CONSULTATION_DOC.pdf.

⁵⁴ « Transforming Tasmania: success in a 15-year fight for transgender rights », 5 septembre 2019, en ligne : <https://www.abc.net.au/radio/hobart/programs/your-afternoon/martine-delaney-birth-certificate/11497798>.

⁵⁵ Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act (JRL Act), 8 mai 2019, en ligne : <https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/asmade/act-2019-007>.

⁵⁶ Section 3A inserted JRL Act.



Cette loi introduit la possibilité de modifier son identité de genre lorsqu'elle ne correspond pas à son sexe enregistré à la naissance. Ce changement ne peut être demandé qu'une fois tous les 12 mois⁵⁷. Lorsqu'une personne sollicite d'enregistrer son identité de genre dans l'une des deux catégories ouvertes (points (e) et (f) de l'article 3A précité), l'officier d'état civil peut refuser cette demande lorsqu'il considère que la mention choisie ne relève pas du genre de la personne⁵⁸. La procédure de modification de l'identité de genre est ouverte dès l'âge de 16 ans, par le biais d'une simple déclaration de genre (*gender declaration*) et de l'accomplissement de quelques formalités (preuve d'identité, paiement de frais, etc.)⁵⁹. Les parents d'un enfant mineur de moins de 16 ans peuvent également introduire cette demande, avec le consentement du mineur.

Cette réforme a un impact important sur l'identification des personnes en général. En Australie, l'identité d'une personne peut être prouvée de différentes manières. L'acte de naissance est une manière de le faire. On comprend, donc, l'incidence de la nouvelle législation tasmanienne, qui permet désormais l'enregistrement de différentes catégories de genre. Les permis de conduire et les passeports sont deux autres manières de prouver son identité. On observera à ce sujet que les permis de conduire délivrés par l'Etat de Tasmanie ne mentionnent plus le sexe/genre depuis une dizaine d'années⁶⁰ et que, depuis 2011, la mention « X » est admise sur les passeports australiens⁶¹.

Enfin, les données sur le sexe et le genre sont protégées en Australie. Ainsi, les « Lignes directrices du gouvernement australien sur la reconnaissance du sexe et du genre » précisent que recommandent : « l'approche privilégiée du gouvernement australien est de collecter et d'utiliser des informations sur le genre [plutôt que sur le sexe]. Les informations concernant le sexe ne sont généralement pas requises et ne devraient être collectées que lorsqu'il existe un besoin légitime pour ce faire qui est conforme au Principe 3 du Privacy Act. »⁶² (traduction libre, notre accent). Le gouvernement rappelle à ce propos que « Conformément

⁵⁷ Section 4A JRL Act.

⁵⁸ Section 3A inserted (3) JRL Act.

⁵⁹ Informations disponibles sur <https://www.justice.tas.gov.au/bdm/gender-registration>.

⁶⁰ Donnée recueillie grâce à la collaboration de Robin Banks.

⁶¹ Informations disponibles sur <https://www.passports.gov.au/passports-explained/how-apply/eligibility-citizenship-and-identity/sex-and-gender-diverse-passport>.

⁶² Australian Government, « Guidelines on the recognition of Sex and Gender », juillet 2013 actualisé en novembre 2015, disponible en ligne sur <https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf>, §16.



avec le Principe 5 du Privacy Act, lorsque les services du gouvernement australien recueillent des informations sur le sexe et/ou le genre, ils doivent s'assurer que les individus soient au courant de la finalité pour laquelle les informations sont recueillies. La notification doit avoir lieu au plus tard au moment de la récolte des informations, ou si cela n'est pas possible, le plus tôt possible après qu'elles aient été collectées. »⁶³ (traduction libre, notre accent). Cette approche de protection des données liées au sexe et au genre est confirmée par le Bureau australien des statistiques (ABS), dans son nouveau *Standard for Sex and Gender Variables*⁶⁴. Les informations relatives au sexe et ou genre des individus font donc l'objet d'un haut niveau de protection en Australie. En particulier, la collecte des données sur le sexe est évitée et les citoyens doivent, en toute hypothèse, être informés des utilisations faites des données sur le sexe ou le genre.

I.2. Seconde approche : modalités de suppression de la mention du sexe et/ou du genre dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité

Il s'agit ici de rendre compte de modalités permettant de différer de façon significative l'enregistrement du sexe, de le supprimer, voire de l'invisibiliser.

a. Allemagne (avant la réforme de 2018), absence de mention du sexe à l'état civil pour les personnes intersexes

Avant l'adoption de la loi du 13 décembre 2018, la loi du 7 mai 2013 « modifiant le Règlement sur les droits de la personne (Loi modifiant la loi sur le statut des personnes) »⁶⁵ autorisait l'absence de mention du sexe sur l'acte de naissance des personnes intersexes (*supra*, point I.1.a).

Les travaux préparatoires de la loi du 7 mai 2013 montrent que le législateur s'est uniquement préoccupé des personnes intersexes. Il s'agissait d'éviter que les personnes intersexes soient assignées dans une catégorie qui ne leur correspondait pas. La situation des personnes non binaires n'a pas été prise en compte. Cette législation offrait également la possibilité aux personnes intersexes nées avant 2013, de demander la suppression de la mention du sexe dans

⁶³ *Ibid.*, §32.

⁶⁴ Australian Bureau of Statistics, « Standard for Sex and Gender Variables », février 2016, en ligne : <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Latestproducts/1200.0.55.012Media%20Release12016>.

⁶⁵ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz - PStRÄndG) vom 7 Mai 2013 – PStRÄndG –, 7 mai 2013, en ligne : <https://www.jurion.de/gesetze/pstraendg/>.



leur acte de naissance⁶⁶. Tant à la naissance de l'enfant que dans le cas d'une suppression ultérieure, l'absence d'inscription du sexe à l'état civil était conditionnée par la délivrance d'un certificat médical.

Ne pas mentionner le sexe sur l'acte de naissance d'un enfant intersexe revenait à laisser cette case « blanche ». Cette approche a fait l'objet de nombreuses critiques d'associations de défense des personnes intersexes dans la mesure où cette option avait pour effet d'amener les parents à vouloir faire sortir au plus vite leur enfant intersexe de cette 'absence' de catégorisation et donc, d'augmenter les traitements médicaux normalisateurs⁶⁷. Ainsi, seulement 4% des enfants intersexes nés après l'entrée en vigueur de cette loi de 2013 ont été enregistrés sans que leur sexe ne soit mentionné dans leur acte de naissance⁶⁸. Par ailleurs, le milieu associatif dénonça le fait que cette législation fut adoptée sans que ne soient prises en compte les incidences juridiques de la création d'une catégorie de personnes n'étant ni hommes ni femmes, notamment en matière d'assurance santé ou relativement aux conditions légales du mariage⁶⁹.

Dans l'arrêt du 10 octobre 2017 précité⁷⁰, cette pratique fut jugée discriminatoire par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la législation fut modifiée le 18 décembre 2018 (*supra*, point I.1.a).

⁶⁶ OLG Celle, 21 mai 2015, 17 W 28/14, en ligne : <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2015/01/OLG-Celle.pdf> (consulté le 4 novembre 2019) ; Réponse du gouvernement fédéral, 20 janvier 2016, n° 18/7310.

⁶⁷ U. KLOPPPEL, « Zur Aktualität kosmetischer Operationen „uneindeutiger“ Genitalien im Kindesalter », décembre 2016, en ligne : https://www.gender.hu-berlin.de/de/publikationen/gender-bulletin-broschueren/bulletin-texte/texte-42/klopppel-2016_zur-aktualitaet-kosmetischer-genitaloperationen.

⁶⁸ N. ALTHOFF, G. SCHABRAM et P. FOLLMAR-OTTO, « Gender Diversity un Law : The Status Quo and The Development of Regulatory Models for Recognizing and Protecting Gender Diversity (English Summary) », *German Institute for Human Rights*, juin 2017, en ligne : <https://www.bmfsfj.de/blob/116952/2f2af83b324af52cbb1d0efbda212e2/geschlechervielfalt-im-recht---englisch---gender-diversity-in-law-data.pdf>, p.5.

⁶⁹ H. VILORIA, « Op-ed: Germany's Third-Gender Law Fails on Equality », 6 novembre 2013, en ligne : <https://www.advocate.com/commentary/2013/11/06/op-ed-germany's-third-gender-law-fails-equality>.

⁷⁰ Bundesverfassungsgericht, 10 octobre 2017, n° 1BvR2019/16, §56.



b. Malte, possibilité de retarder l'enregistrement du sexe à l'état civil pour les personnes intersexes jusqu'à 18 ans

À Malte, l'adoption de la loi du 14 avril 2015, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*⁷¹ (commentée *supra*, point I.1.b) s'est réalisée dans la suite logique de l'adoption de plusieurs lois en 2014 destinées à améliorer la protection juridique des personnes transgenres⁷². Ces réformes ont notamment permis l'insertion d'un nouveau motif de discrimination relatif à l'identité de genre dans la Constitution. De surcroît, le « changement de sexe » est devenu un motif justifiant un congé de maladie et permet l'application de plusieurs dispositifs protecteurs en droit du travail. Pour comprendre le contexte maltais, il faut se souvenir que la loi du 14 avril 2015 trouve son origine dans une proposition législative du « LGBTI Consultative Council »⁷³. Son élaboration a conduit à des consultations de nombreuses institutions et organisations, tant locales qu'internationales, pour s'assurer du respect des normes en vigueur et de la protection contre les discriminations des personnes transgenres, genderqueer et intersexes.

Parmi les modifications apportées par cette loi du 14 avril 2015, il faut épinglez la possibilité de retarder l'enregistrement du sexe d'un enfant jusqu'à ce que l'identité de genre du mineur soit déterminée⁷⁴. Ainsi, l'article 278 du Code civil maltais modifié prévoit que « *Every act of birth [...] shall contain the following particulars: [...] (c) the sex of the child: Provided that the identification of the sex of the minor may not be included until the gender identity of the minor is determined* » (notre accent).

Bien que cette possibilité semble ouverte à tout le monde, elle est, en réalité, réservée aux personnes présentant des variations des caractéristiques sexuelles à la naissance⁷⁵. Lorsque cette possibilité est mise en œuvre, il n'y a pas d'enregistrement du sexe sur l'acte de naissance (comme c'est le cas pour les autres enfants), mais bien du genre affirmé par l'enfant au cours de son développement ultérieur. Dans ce cas, l'enregistrement du genre du mineur dans son

⁷¹ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC), 14 avril 2015, en ligne : <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1>.

⁷² Constitution of Malta (Amendment) Act, 2014 ; Procedural Standards in Examining Applications for Refugee Status (Amendment) Regulations, 2014; Equal Treatment in Employment (Amendment) Regulations, 2014.

⁷³ « Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC Act), public consultation », 29 octobre 2014, en ligne : https://meae.gov.mt/en/Public_Consultations/MSDC/Documents/2014%20-%20GIGESC/Public%20Consultation%20GIGESC%20Final%20-en.pdf.

⁷⁴ Article 18(c) du texte original du GIGESC modifiant le Code civil maltais.

⁷⁵ L. HÉRAULT (dir.), *op cit.*, p. 62.



acte de naissance doit avoir lieu avant ses 18 ans et avec son accord exprès. Il s'agit d'une déclaration des parents de l'enfant devant une juridiction civile, laquelle donnera ensuite injonction au Directeur du registre civil d'inscrire ce genre dans l'acte de naissance⁷⁶. Le droit maltais exige ainsi que toute personne majeure ait un genre enregistré dans son état civil, parmi les catégories « M » ou « F ». Rappelons également que bien que le marqueur de genre sur l'acte de naissance reste binaire, et qu'on ne peut pas le changer pour un marqueur « X ».

Il est important de noter que les systèmes juridiques qui permettent de différer l'enregistrement du sexe de l'enfant prévoient généralement une durée limitée qui pose sérieusement question quant au respect des droits fondamentaux. En voici quelques exemples.

- Le droit belge permet aux parents d'un enfant dont l'intersexuation est découverte à la naissance de disposer d'un délai de trois mois afin d'enregistrer son sexe à l'état civil (article 48 du Code civil). En revanche, la déclaration du sexe à l'état civil étant obligatoire et binaire, ce système oblige à assigner un sexe mâle ou femelle à un enfant intersexe. L'intersexuation est perçue comme une situation exceptionnelle et temporaire, ce qui pousse souvent les parents à procéder plus rapidement à des traitements médicaux normalisateurs afin d'assigner un sexe à leur enfant. À ce propos, la Belgique a été épinglée, le 1^e février 2019, par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, qui s'est dit préoccupé par le fait que les enfants intersexes sont inutilement soumis à des procédures médicales de normalisation⁷⁷.

- En France, lorsque le sexe de l'enfant est indéterminé, il est possible de prolonger le délai pour enregistrer la mention du sexe jusqu'à deux ans. Pour bénéficier de cette dérogation, il faut obtenir un avis médical et l'autorisation du procureur de la République⁷⁸. Dans tous les cas, au bout de deux ans, le sexe de l'enfant devra être déclaré, ce qui reste un délai non significatif sur le plan médical⁷⁹.

- Aux Pays-Bas, l'indétermination du sexe de l'enfant peut être actée dans l'acte de naissance jusqu'à 3 mois. Ensuite, un nouvel acte de naissance sera dressé avec la mention du sexe de

⁷⁶ Article 7(4) GIGESC.

⁷⁷ CRC/C/BEL/CO/5-6, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/ITA/CRC_C_ITA_CO_5-6_33815_E.pdf.

⁷⁸ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, en ligne : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/11/cir_34124.pdf, §55.

⁷⁹ Equality Law Clinic, « Mémoire : Pour une reconnaissance par la Belgique des droits fondamentaux des personnes intersexes », 23 avril 2019, en ligne : <https://equalitylawclinic.ulb.be/actualites/memorandum-pour-une-reconnaissance-par-la-belgique-des-droits-fondamentaux-des-personnes-intersexes.html>.



l'enfant. Si l'indétermination perdure, cette mention sera de nouveau inscrite, à condition qu'un certificat médical le prouve⁸⁰.

c. Tasmanie, mention facultative du sexe (binaire) sur l'acte de naissance et possibilité d'y inscrire ultérieurement le genre (défini largement)

Dans l'Etat de Tasmanie en Australie, l'enregistrement du sexe d'un enfant dans le registre des naissances est binaire (M/F)⁸¹. Cet enregistrement doit avoir lieu dans les 60 jours qui suivent la naissance de l'enfant ou dans les 120 jours si l'enfant présente des variations des caractéristiques sexuelles⁸².

Bien que le sexe de l'enfant continue à être inscrit dans le registre des naissances, la loi du 8 mai 2019 précitée rend facultative sa mention sur l'acte de naissance. Une approche « opt-in » a été retenue. Elle signifie que, par défaut, le sexe n'apparaît plus automatiquement sur l'acte de naissance⁸³. Ainsi, le sexe ne sera indiqué que dans le cas où les parents de l'enfant en font la demande. A partir de 16 ans, c'est à la personne concernée d'en faire elle-même la demande⁸⁴.

Si le sexe inscrit dans le registre des naissances reste binaire et n'apparaît plus sur l'acte de naissance à moins d'en faire la demande, la loi du 8 mai 2019 précitée introduit également la possibilité d'inscrire le genre (défini largement) d'une personne sur son acte de naissance (*supra*, point I.1).

Ainsi, les personnes qui sollicitent la délivrance de leur acte de naissance, ont dorénavant la possibilité de choisir parmi les trois options suivantes: (1) inclure les détails de leur genre enregistré avec une mention de leur sexe/genre précédent (option recommandée pour faciliter

⁸⁰ Article 19d Burgerlijk Wetboek Boek I.

⁸¹ A. FOSTER, « There's a big change coming to baby birth certificates in Tasmania. And it's been hailed as a huge win for the transgender community », 24 octobre 2018, en ligne : <https://www.news.com.au/lifestyle/real-life/news-life/tasmania-to-be-first-aussie-state-to-remove-gender-on-birth-certificate/news-story/ec605df2b3d1384a7cff33e9c0db7f87>.

⁸² Section 15 amended JRL Act.

⁸³ R. BAXENDALE, « Tasmania makes gender optional on birth certificates », 5 avril 2019, *The Australian*, en ligne : <https://www.theaustralian.com.au/nation/tasmania-makes-gender-optional-on-birth-certificates/news-story/c2093c1d14c35179e7af3d54658919b2> ; E. COULTER et A. HUMPHRIES, « Tasmania makes gender optional on birth certificates after Liberal crosses floor », 10 avril 2019, en ligne : <https://www.abc.net.au/news/2019-04-10/birth-certificate-gender-laws-pass-in-tasmania/10989170>.

⁸⁴ Section 46 amended JRL Act.



l'identification des personnes⁸⁵ ; (2) inclure les détails de leur sexe/genre enregistré sans mention de leur sexe/genre précédent ; (3) n'inclure aucun détail de leur sexe/genre⁸⁶.

d. Pays-Bas, limiter la mention du sexe/genre sur les documents d'identité et dans les communications des autorités publiques

Les Pays-Bas offre un exemple d'une réflexion nationale et locale pour restreindre la mention du sexe/genre sur les documents d'identité. En effet, depuis 2016, le gouvernement néerlandais s'est engagé à limiter le plus possible les occasions de dévoiler aux tiers le sexe/genre d'une personne⁸⁷. Ainsi, depuis le 1^e janvier 2017, la mention ne se trouve, par exemple, plus sur les abonnements des transports publics et sur les cartes étudiantes d'un grand nombre d'institutions. De même, plusieurs villes, dont Amsterdam⁸⁸, se sont engagées à limiter au maximum la mention du sexe/genre de leurs citoyens lorsqu'elles s'adressent à eux ou dans leurs cartes électorales, par exemple⁸⁹.

⁸⁵ Notez qu'avant le JRL Act, l'historique des changements de sexe/genre était d'office inscrit sur l'acte de naissance : la Commission pour l'égalité des chances de Tasmanie estimait alors que cette mention violait le droit à la vie privée et à la non-discrimination des personnes ayant changé de sexe/genre. C'est pourquoi elle a recommandé que cet historique ne soit inscrit sur l'acte de naissance d'une personne que si cette personne en fait la demande : Anti-Discrimination Commissioner, Equal Opportunity Tasmania, « Legal recognition of sex and gender diversity in Tasmania: Options for amendments to the Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999 », 2016, en ligne : https://equalopportunity.tas.gov.au/_data/assets/pdf_file/0009/338490/EOT_Options_paper_on_legal_recognition_of_sex_and_gender_diversity_in_Tasmania~CONSULTATION_DOC.pdf, p. 29.

⁸⁶ Section 46 amended (4) (5) JRL Act.

⁸⁷ Ministerie van Veiligheid En Justitie, « Government Opts for Less Registration of Gender », 23 décembre 2016, en ligne : <https://www.government.nl/latest/news/2016/12/23/government-opts-for-less-registration-of-gender>.

⁸⁸ J.-P. STROOBANTS, « Amsterdam veut gommer la notion de genre », 4 août 2017, *Le Monde*, disponible en ligne sur https://www.lemonde.fr/m-actu/article/2017/08/04/amsterdam-veut-gommer-la-notion-de-genre_5168496_4497186.html.

⁸⁹ Dans ce contexte, voy. le projet GIRARE (Gender Identity Registration and Human Rights Effects) porté par la professeure Marjolein van den Brink : <https://www.uu.nl/en/research/netherlands-institute-of-human-rights-sim/research/girare>.

e. Tableau synthétique de comparaison

Pays	Enregistrement du sexe à la naissance (actes de naissance)			Modification postérieure du sexe/genre			Affichage du sexe/genre sur les documents d'identité			
	Mention du sexe requise	Mention de sexe indéterminé ou inconnu autorisée	Mention du sexe reportée en cas de doute	Catégories disponibles autres que M et F	Possibilité et conditions pour modifier son sexe/genre enregistré	Possibilité d'effacer l'historique de changement des sexe/genre	Sur la carte d'identité	Sur le permis de conduire	Sur le passeport	Etat de la protection des données
Allemagne	Oui	Oui : Aucune mention ou mention « autre » disponible pour les enfants intersexes (justificatif médical nécessaire)	Non	Oui : Mention « autre » disponible uniquement pour les personnes intersexes (justificatif médical nécessaire)	Oui : De M à F ou de F à M par une procédure judiciaire par laquelle la personne déclare ressentir appartenir à l'autre genre depuis au moins 3 ans ⁹⁰ Oui de M ou F à « autre » pour les personnes intersexes dès 14 ans	Information non disponible	Non	Non : Depuis 2013, le permis de conduire est harmonisé dans l'Union européenne et n'indique pas le sexe	M, F ou X (uniquement pour les personnes avec une mention « autre » ou pas de mention à l'état civil)	Donnée à caractère personnel : RGPD ⁹¹
Belgique	Oui	Non	Oui : Jusqu'à 3 mois	Non	Oui : De M à F ou F à M à partir de 16 ans et par le biais d'une double déclaration devant l'officier d'état civil	Non : Mention en marge des actes de l'état civil	Oui : M ou F	Non	M ou F	RGPD
Malte	Oui	Non	Oui : Jusqu'à 18 ans	Non	Oui : Au moyen d'une déclaration auprès	Oui : Lorsque la personne	Oui : M, F, X	Non	M, F, X	RGPD

					d'un notaire, sans condition d'âge minimum	concernée demande spécifiquement de ne pas l'inclure sur la copie de son acte de naissance complet ⁹²				
Pays-Bas	Oui	Oui : Mention «indéterminé» disponible pour les enfants intersexes	Oui : La mention « indéterminé » peut rester jusqu'à 3 mois, un nouvel acte de naissance sera alors dressé avec un certificat médical et peut continuer d'indiquer que le sexe est indéterminé	Non : Sauf cas unique où la mention « indéterminé » a été acceptée pour une personne intersexe (jugement du tribunal du district du Limburg le 28 mai 2018)	Oui : A partir de 16 ans au moyen d'une déclaration devant l'officier de l'état civil et une déclaration d'un expert (article 28 du Livre I ^o du Code civil)	Information non disponible	Oui : M, F, X (cas jurispruden- -tiel)	Non	M, F, X (cas jurispruden- -tiel)	RGPD

⁹⁰ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG), §8, en ligne: <https://www.gesetze-im-internet.de/tsg/index.html#BJNR016540980BJNE000601310>.

⁹¹ Règlement du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹² Suivant l'information tirée de « Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act », 29 mars 2017, *Malta Gay Rights*, en ligne : <http://maltgayrights.org/gender-identity-gender-expression-and-sex-characteristics-act-2/>.

Tasmanie	Oui : Requise dans le registre des naissances	Non	Oui : Jusqu'à 120 jours	Oui : « <i>male; or female; or indeterminate gender; or non-binary; or 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 and that is prescribed; or a word or phrase that is used to indicate a person's perception of the person's self as being neither entirely male nor entirely female</i> »	Oui : A partir de 16 ans au moyen d'une déclaration au Registrar (officier de l'état civil)	Oui : Toutefois, l'historique sera maintenu dans la base de données du Registrar	/	Non	M, F, X	Les données sur le sexe et le genre ne sont recueillies que lorsque c'est nécessaire et qu'il y a un besoin légitime. Il est recommandé de recueillir les données sur le genre plutôt que sur le sexe ⁹³ .
----------	--	-----	----------------------------	--	--	---	---	-----	---------	---

⁹³ Australian Government, *Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, juillet 2013 actualisées en novembre 2015, <https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf> ; Australian Bureau of Statistics, *Sex and Gender Variables*, février 2016, <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Latestproducts/1200.0.55.012Main%20Features12016?opendocument&tabname=Summary&prodno=1200.0.55.012&issue=2016&num=&view=>.

II. Évaluation des approches de droit comparé à la lumière des droits fondamentaux

Les principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, tels que révisés en 2017⁹⁴, constituent un excellent point de repère aux fins d'évaluer les différentes approches de droit comparé à la lumière des droits fondamentaux. Il en résulte que la suppression définitive de l'enregistrement du sexe/genre en tant qu'élément de l'identité juridique d'une personne, quoiqu'elle puisse entrer en tension avec la collecte de statistiques de genre, est l'approche la plus conforme au droit à l'autodétermination (1.). À l'inverse, l'approche consistant à créer une troisième catégorie, parfois réservée aux personnes intersexes, est peu conciliable avec le droit à l'autodétermination et engendre des risques de stigmatisation (2.). Enfin, la création de plusieurs catégories de sexe et/ou de genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité pourrait rencontrer les exigences du droit à l'autodétermination, à la condition de répondre à plusieurs exigences (3.).

II.1. La suppression définitive de l'enregistrement du sexe/genre en tant qu'élément de l'identité juridique

Comme le souligne l'expert indépendant des Nations Unies sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Victor Madrigal-Borloz,

« Si tous les êtres humains peuvent être victimes de discrimination ou de violence, les personnes trans et les personnes de genre divers courent davantage de risques que les autres lorsque les informations relatives à leur nom et à leur sexe figurant sur des documents d'identité officiels ne correspondent pas à leur identité de genre ou à leur expression du genre : d'après les informations collectées par les mécanismes des Nations Unies qui s'occupent des droits de l'homme, les personnes trans sont l'objet de harcèlement, d'humiliations ou de violences ou sont arrêtées lorsqu'elles essaient de signaler les attaques dont elles ont été victimes et d'obtenir la protection de la police parce que, entre autres choses, leur genre autodéfini n'a pas été reconnu dans leurs documents d'identité officiels⁹⁵. Pour cette raison, elles peuvent être davantage exposées à la

⁹⁴ Principes de Jogjakarta + 10 - Principes additionnels et obligations additionnelles des États au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta, 10 novembre 2017, en ligne : <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>; traduction française : <https://yogyakartaprinciples.org/principe-31-pj10/>.

⁹⁵ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), para. 36. Voir aussi



violence et à des tentatives d'extorsion ; être exclues de l'établissement d'enseignement qu'elles fréquentaient ou du marché officiel du travail ; être privées de l'accès au logement, aux services de santé et à d'autres services sociaux, et ne pas pouvoir franchir les frontières »⁹⁶.

Le Principe 31 de Jogjakarta dispose que « [t]oute personne a le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique sans qu'il soit fait référence à, et sans qu'elle soit obligée de révéler ou que lui soit attribué, un sexe, un genre, (...), une identité de genre, une expression de genre ou des caractéristiques sexuelles ». Cela implique l'obligation pour les États de « 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 juridique »⁹⁷.

L'approche consistant à supprimer définitivement l'enregistrement du sexe/genre en tant qu'élément de l'identité juridique d'une personne est celle qui paraît, de prime abord, la plus conforme au droit à l'autodétermination. Elle permet de surmonter deux écueils : d'abord, ne pas avoir à révéler une identité de genre assignée et l'éventuelle discordance avec une expression de genre, lors de la présentation des documents officiels à des tiers⁹⁸ ; ensuite, ne pas contraindre des personnes à devoir composer avec un sexe enregistré ou une identité de genre qui ne leur correspond pas ou plus. En outre, cette approche permet de diminuer la pression sociale et juridique qui pèse sur les personnes intersexes – et leurs parents – qui ne sont plus contraints de se conformer à un modèle binaire de catégories sexuelles et qui peuvent ainsi mettre plus facilement à distance le recours aux traitements médicaux normalisateurs dont les dérives sont bien connues.

Ce sont les principales raisons pour lesquelles cette option a la faveur des associations et des collectifs de défense des droits LGBTQI+, tels que OII-Europe, TGEU et Genres Pluriels, qui plaident pour la suppression de la mention du sexe et du genre à l'état civil et sur les documents

[A/HRC/29/33/Add.1](#), para. 86 ; [CCPR/C/SUR/CO/3](#), paras. 27 et 28 ; HCDH, press briefing note on Turkey, Israel/Occupied Palestinian Territory and Yemen, 14 juillet 2015.

⁹⁶ [A/HRC/35/21](#), para. 58.

⁹⁷ *Ibid.*, Principe 31 A - Le droit à la reconnaissance juridique.

⁹⁸ B. MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité : par-delà une binarité obligatoire », Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité », organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec, juin 2016, Marseille, France, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2/document>, p. 8.



d'identité⁹⁹. Elle est également largement accueillie par une partie de la doctrine juridique¹⁰⁰ et a retenu l'attention de plusieurs organismes internationaux et régionaux de droits humains. La prise de position récente de Victor Madrigal-Borloz, l'expert indépendant des Nations Unies précité, est emblématique. Il y fait état « de sérieux doutes quant à la nécessité réelle d'indiquer systématiquement le genre des personnes dans les documents officiels ou non officiels. Il pense que cela répond à des besoins depuis longtemps révolus ou que cela procède d'une logique qui n'aurait jamais dû être suivie en premier lieu ». Selon lui, « [l]e principe qui doit être appliqué est simple : les États doivent s'abstenir de collecter et de publier des données s'ils ne poursuivent pas un but légitime, proportionné et utile »¹⁰¹. Au Conseil de l'Europe, le Commissaire aux droits de l'homme estime que « les États membres devraient examiner la nécessité d'indiquer le genre dans les documents officiels »¹⁰². L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite, quant à elle, les États membres à « envisager de rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et autres documents d'identité »¹⁰³. En droit de l'Union européenne, il est du reste prévu que le genre ne doive pas nécessairement être inscrit sur la carte d'identité d'un citoyen d'un État membre. La mention de cette donnée est facultative¹⁰⁴.

⁹⁹ OII-Europe, « Manifeste du Troisième Forum International Intersexe du 1^{er} décembre 2013 », Malte, 27 décembre 2013, en ligne : <https://oiieurope.org/fr/conclusion-3eme-forum-international-intersexe/> ; TGEU, « Position Paper : Gender Marker », 13 Juin 2018, en ligne : <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/07/Gender-Marker-Position-Approved-13-June-2018-formatted.pdf> ; « La Cour constitutionnelle suit notre position : la loi trans doit être adaptée », 24 juin 2019, *Genres Pluriels*, en ligne : <https://www.genrespluriels.be/La-cour-constitutionnelle-suit-notre-position-la-loi-trans-doit-etre-adaptee>.

¹⁰⁰ D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in NOREAU, P. et ROLLAND, L., *Mélanges Andrée Lajoie*, Paris, Les Éditions Thémis, 2008 ; D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, Limal, Anthemis, 2012, p. 7-25 ; M. PERON, *op. cit.* ; B. MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *Socio*, vol. 9, 2017, p. 215-238 ; D. BORRILLO, « La mention du sexe à l'état civil : de l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », *op. cit.* ; E. FRANCO, « L'autonomie au prisme de la binarité obligatoire », Exercices intégrés d'éthique économique et sociale, Chaire Hoover, Université Catholique de Louvain, 2019.

¹⁰¹ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), para. 37, voir aussi paras. 38, 39, 81c.

¹⁰² Commissaire aux droits de l'homme, *op. cit.*, recommandation n° 4.

¹⁰³ Résolution 2191 « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 12 octobre 2017, en ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=24232&lang=FR>, para. 7.3.5.

¹⁰⁴ Article 3.2 et considérant 24 Règlement (UE), n° 70/1/19 du 20 juin 2019 du Parlement européen et du Conseil relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation. « Les



Le principal argument avancé contre la suppression du sexe/genre de l'état civil et/ou des documents d'identité est tiré de la nécessité d'établir des statistiques ventilées selon le sexe et du recours aux « statistiques de genre »¹⁰⁵ pour lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes et pour intégrer la dimension de genre dans les politiques publiques (*gender mainstreaming*). Point n'est besoin de rappeler le caractère essentiel de mesurer les discriminations afin de les combattre de manière effective. Des statistiques de genre constituent à cet égard un élément clef dans les dispositifs de lutte contre les discriminations, tant sous l'angle de la preuve des discriminations que pour le recours éventuel aux actions positives (quotas ou règles de parité notamment)¹⁰⁶, mais également en vue de l'élaboration et de l'évaluation des politiques publiques¹⁰⁷.

Le Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes souligne, dans sa recommandation n° 28, que les États ont l'obligation internationale de créer des bases de données statistiques et de les améliorer en continu aux fins d'« analyser toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et, en particulier, les femmes appartenant à certains groupes vulnérables »¹⁰⁸. L'Objectif stratégique H.3 de la Plateforme d'action de Pékin incite les États et leurs services statistiques à « [p]roduire et diffuser des données et des informations ventilées par sexe aux fins de planification et d'évaluation ». Sur cette base, l'article 4 de la loi fédérale belge du 12 janvier 2007, dite de *gender mainstreaming*, prévoit que les organismes fédéraux : « veillent à ce que toutes les statistiques qu'ils produisent, collectent, et commandent dans leur domaine d'action soient ventilées par sexe et que des indicateurs de genre soient établis si c'est pertinent »¹⁰⁹.

États membres devraient pouvoir décider d'inclure ou non le genre d'une personne dans un document relevant du présent règlement. Lorsqu'un État membre inclut le genre d'une personne dans un tel document, il convient d'utiliser les spécifications du document 9303 de l'OACI «F», «M» ou «X», (...) », en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1157>.

¹⁰⁵ Sur les notions de statistiques ventilées selon le sexe, statistiques de genre et indicateurs de genre, voir IEFH, *Femmes et hommes en Belgique. Statistiques et indicateurs de genre* (édition 2011), en ligne : https://igvm-iefh.belgium.be/fr/activites/gender_mainstreaming/application/statistiques_et_indicateurs

¹⁰⁶ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 683.

¹⁰⁷ J. RINGELHEIM, « La statistique : un outil au service de la lutte contre la discrimination », *Mouvements*, n° 62, 2010, spéc. p. 129-132.

¹⁰⁸ Comité E.D.E.F., Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 2010, §10.

¹⁰⁹ Loi visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales, *M.B.*, 13 février 2007, en ligne : <https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/loigm.pdf>



C'est probablement ici que se trouve le nœud gordien dans lequel se noue la suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil et sur les documents d'identité. Ce nœud devrait pouvoir être tranché de manière à ce que la réalisation du droit à l'autodétermination de l'identité de genre ne s'effectue pas au détriment de la lutte contre les discriminations et les inégalités dont sont victimes les femmes. À cet égard, une réflexion par analogie, fondée sur d'autres critères de discrimination, comme la race ou l'origine ethnique, nous montre que des statistiques déclinées suivant l'origine ethnique peuvent être récoltées afin de combattre le racisme et les discriminations raciales (*infra*, point III.2)¹¹⁰.

II.2. La création d'une catégorie additionnelle à celles de « M » et de « F »

La création d'une troisième catégorie de sexe/genre présente l'avantage de reconnaître l'existence d'une identité de genre au-delà de la division binaire traditionnelle. Les personnes fluides, non binaires ou intersexes peuvent ainsi « exister » juridiquement¹¹¹. Toutefois, cette approche est peu conciliable avec le respect des droits fondamentaux.

Comme le soulignent les associations OII-Europe et ILGA-Europe: « [a]ssigner légalement un enfant intersexe en tant que 3ème sexe ne fera que l'exposer à chaque fois qu'il lui faudra montrer un certificat de naissance. De la sorte, il ne s'agit que d'une autre étiquette visant à les séparer de la société. Le risque en est l'augmentation de la pression exercée sur les parents de prendre des mesures médicales pour pouvoir classer l'enfant dans une des deux (autres) catégories, masculin ou féminin »¹¹². C'est, par exemple, le cas en Allemagne depuis que la loi fédérale a créé une catégorie « autre », uniquement réservée aux personnes présentant des

¹¹⁰ Pour une approche systématique et approfondie de la question des statistiques ethniques en vue de lutter contre les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, voy. J. VAN CAENEGHEM, *Legal Aspects of Ethnic Data Collection and Positive Action. The Roma Minority in Europe*, Springer, Switzerland, 2019, p. 155-173 et p. 259-319.

¹¹¹ B. MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité : par-delà une binarité obligatoire », Journées d'étude « Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité », organisées par l'EHESS-CNE et le réseau Gendermed, Idemec, juin 2016, Marseille, France, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403v2/document>, p. 7.

¹¹² OII-Europe et ILGA-Europe, « Défendre les droits humains des intersexués – comment être un allié efficace ? Un guide pour les ONG et les décideurs politiques », 3 janvier 2017, en ligne : https://oieurope.org/wp-content/uploads/2016/03/Oii_A4magazine_humanrights.pdf, p. 23.



variations de leurs caractéristiques sexuelles attestées par un certificat médical (*supra*, point I.1)¹¹³.

Les systèmes qui prévoient une possibilité de postposer l'enregistrement du sexe à l'état civil, tout en en réservant le bénéfice aux enfants intersexes, se heurtent aux mêmes écueils¹¹⁴. Ce mécanisme a des effets délétères¹¹⁵ et tend à favoriser le consentement parental à des traitements médicaux normalisateurs, lorsque ceux-ci ne sont pas légalement interdits¹¹⁶.

Même non réservée aux personnes intersexes, une troisième catégorie a un aspect fourre-tout peu conciliable avec le droit à l'autodétermination. D'abord, elle ne permet pas de prendre en compte la variété des identités de genre (fluide, non binaire, etc.) et des caractéristiques sexuelles. Ensuite, elle risque de désigner « tout ce qui serait non conforme au standard social »¹¹⁷. Enfin, la dénomination d'une telle catégorie est particulièrement délicate. Ainsi, les termes « indéterminé » ou « non-spécifié » ont une connotation péjorative qui peut être source de stigmatisation¹¹⁸.

¹¹³ L. HOLZER, *op. cit.*, p. 29. La loi adoptée en Inde le 17 décembre 2018, qui impose l'établissement d'un « troisième sexe », a fait l'objet de critiques similaires. Il lui est reproché de ne pas respecter le principe d'autodétermination, appliqué par la Cour suprême dans son arrêt du 15 avril 2014 rendu dans l'affaire *National Legal Services Authority v. Union of India*. Ainsi, en vertu de la nouvelle législation, le seul marqueur de genre disponible pour les Hijras (catégorie sociale sud-asiatique traditionnelle particulière : nées dans un corps d'homme, ces personnes se considèrent femmes et vivent en communautés relativement hermétiques) est le « T » (M. Boisvert, « Les hijras : une communauté « transgenre » en voie de disparition ? », *The Conversation*, 10 décembre 2018, en ligne : <https://theconversation.com/les-hijras-une-communaute-transgenre-en-voie-de-disparition-106412>). Qui plus est, la médicalisation de la procédure est dénoncée dans la mesure où la délivrance du certificat d'identité d'une personne transgenre est subordonnée à la consultation du *District Screening Committee* composé, entre autres, d'un médecin en chef et d'un psychologue ou d'un psychiatre.

¹¹⁴ F. VIALLA, « De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil : étude de l'opportunité d'une réforme », *Mission de recherche Droit et justice*, septembre 2017, p. 60.

¹¹⁵ « Sham package for Intersex: Leaving sex entry open is not an option », *OII-Europe*, 15 février 2013, en ligne: <https://oiieurope.org/bluff-package-for-inter-leaving-sex-entry-open-is-not-an-option/>.

¹¹⁶ Pour l'instant, dans l'Union européenne, seuls Malte et le Portugal les ont interdites. Ce n'est que lorsque la possibilité de différer la mention du sexe à l'état civil touche tous les nouveau-nés que cette option est bien accueillie par les associations LGBTQI+. En effet, elle laisse alors le temps à l'identité de genre de l'enfant de se développer et, pour les personnes intersexes, elle enlève le sentiment d'urgence qui peut conduire à précipiter des procédures médicales de normalisation (OII-Europe et ILGA-Europe, *op. cit.*, p. 23.).

¹¹⁷ F. VIALLA, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 57.



Par conséquent, ajouter une troisième catégorie à la catégorisation binaire actuelle ne nous semble pas répondre aux exigences du respect des droits fondamentaux et, en particulier, du droit à l'autodétermination.

II.3. La création de plusieurs catégories de sexe et/ou de genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité

À défaut de s'engager dans la voie de la suppression de l'enregistrement du sexe et/ou du genre, les principes de Jogjakarta préconisent à tout le moins de « donner le choix entre des options multiples pour le choix du genre »¹¹⁹. Cette dernière approche consiste à créer un ou plusieurs marqueurs de sexe et/ou de genre, autres que « masculin » ou « féminin », à l'état civil et/ou sur les documents d'identité. Elle est soutenue par de nombreux organismes régionaux et internationaux de droits fondamentaux¹²⁰, moyennant le respect de plusieurs conditions.

Ces catégories additionnelles doivent être ouvertes à tous et non uniquement aux personnes intersexes¹²¹. Le choix de leur dénomination doit être effectué avec précaution, en étroite consultation avec les associations LGBTQI+, pour éviter les risques de stigmatisation et d'exclusion. Afin de répondre au mieux aux exigences du droit à l'autodétermination, outre les marqueurs de genre proposés, une catégorie ouverte pourrait être prévue, laissant l'indication du genre au libre choix de la personne concernée (comme c'est le cas en Tasmanie). Ceci étant, la multiplication des catégories et la création d'une catégorie ouverte ne manquent pas de mettre en cause la pertinence du maintien de cette mention dans l'état civil, si c'est l'identification des personnes qui est ici poursuivie¹²².

Par ailleurs, comme le souligne Victor Madrigal Borloz, l'expert indépendant des Nations-Unies précité, « les États doivent s'abstenir de collecter et de publier des données s'ils ne poursuivent

¹¹⁹ Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, en ligne : http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf, Principe 31.

¹²⁰ Commissaire aux droits de l'homme, « Droits de l'homme et personnes intersexes », juin 2015, en ligne : <https://rm.coe.int/16806da66e>, recommandation n°4 ; Résolution 2191 « Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 12 octobre 2017, en ligne : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=24232&lang=FR>, para. 7.3.3 ; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), « The fundamental rights situation of intersex people », avril 2015, en ligne : <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people>, p.7.

¹²¹ L. HOLZER, *op. cit.*, p. 29.

¹²² F. VIALLA, *op. cit.*, p. 57.



pas un but légitime, proportionné et utile ». « Les raisons qui sous-tendent la collecte de certaines données et celles qui en motivent la publication doivent être régulièrement examinées de manière séparée par les autorités judiciaires, de même que les règles qui président à la gestion des données »¹²³. Une réflexion systématique devrait dès lors être menée sur les cas où il conviendrait de conserver l'indication du sexe et/ou de l'identité de genre, en tenant compte du but poursuivi par cette mention et du caractère proportionné de cette exigence. Il conviendrait, en outre, de s'interroger sur le type de protection à accorder à ces données à caractère personnel aux fins de renforcer leur protection, le cas échéant, en les intégrant dans la catégorie des « données sensibles ». Les Pays-Bas se sont engagés dans ce type de réflexion en tentant de limiter les situations où le sexe juridique d'une personne est dévoilé à des tiers (*supra*, point I.2.d)¹²⁴.

La suppression partielle de la mention du sexe à l'état civil est soutenue, à titre subsidiaire, par l'association Genres Pluriels qui exige *a minima*, à défaut de suppression définitive du sexe, que « [l]es marqueurs de genre [soient] optionnels et invisibles dans tous les cas où il n'y a pas de nécessité à les utiliser »¹²⁵. Cette pratique présente l'avantage de réduire les cas de révélation d'une discordance entre le sexe légal de la personne et son identité de genre¹²⁶. Elle permet également une transition vers la suppression définitive de l'enregistrement du sexe/genre. Toutefois, pour être en phase avec les exigences du droit à l'autodétermination, elle devrait être combinée avec la création de plusieurs catégories additionnelles de genre afin de dépasser l'enregistrement binaire à l'état civil dénoncé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 99/2019.

L'expert indépendant des Nations-Unies sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre synthétise ces exigences en recommandant aux États d'agir de la manière suivante :

« examiner attentivement le raisonnement qui sous-tend la collecte et la présentation de certaines données, ainsi que les règles régissant la gestion des données, qui doivent justifier distinctement de leur collecte et de leur présentation, tenir rigoureusement compte de la nécessité d'évaluer et

¹²³ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), para. 37.

¹²⁴ Ministerie van Veiligheid En Justitie, « Government Opts for Less Registration of Gender », 23 décembre 2016, en ligne : <https://www.government.nl/latest/news/2016/12/23/government-opts-for-less-registration-of-gender>.

¹²⁵ Genres Pluriels, « Proposition de résolution intersexe », 13 décembre 2018 modifié le 14 novembre 2019, en ligne : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/fr - 20191114_resolution_intersexe.pdf, point 29.

¹²⁶ L. HOLZER, *op. cit.*, p. 11.



de gérer les risques selon le principe de non-nuisance à autrui, et prévoir la participation des populations et des communautés concernées à la conception, à l'exploitation et à l'évaluation des systèmes de collecte des données. Les États ne doivent collecter et présenter des données que si elles sont nécessaires et proportionnées à un objectif légitime et faire en sorte que, lorsque des données doivent être recueillies, elles soient fournies librement, dans le respect de la vie privée et de la confidentialité »¹²⁷.

¹²⁷ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), point 81, c).

III. Transposabilité des approches envisagées au contexte juridique belge

III.1 Mise en contexte de l'enregistrement du sexe dans l'état civil et de sa mention sur les documents d'identité

D'où vient l'enregistrement du sexe dans l'état civil en Belgique et pourquoi cet élément figure-t-il sur la carte d'identité ? Une mise en contexte historique est essentielle ici, tant pour évaluer la mesure dans laquelle certaines approches de droit comparé sont pertinentes dans le cadre juridique belge que pour relativiser des pratiques administratives qui ont évolué au fil du temps.

a. État civil, registre de la population et numéro de registre national

La tenue de registres de la population date du Concile de Trente (XVI^e siècle). Des registres paroissiaux tenus par l'Église catholique y recensent les baptêmes (avec le sexe des nouveaux nés), les mariages et les sépultures. L'objectif officiel est de permettre l'identification des personnes et d'éviter les usurpations d'identité liées à l'approche antérieure fondée sur la perception des visages. Il s'agit également pour l'Église de contrôler les mariages illicites (bigamie, inceste, conjoints de même sexe, etc.) et pour l'État de vérifier que des garçons appelés à servir sous les drapeaux n'étaient pas déclarés de sexe féminin pour permettre à leurs familles de les garder pour travailler dans les champs¹²⁸. Avec la révolution française, la tenue de ces registres de la population passe de l'Église aux autorités publiques¹²⁹. L'inscription du sexe y est maintenue et servira à mettre en œuvre le Code civil Napoléon de 1804 qui prive de droits, non seulement les mineurs, les criminels et les « débilés mentaux », mais également les femmes mariées (article 1124). Notez que le Code Napoléon consacre la notion d'état civil qui comportent les éléments permettant d'identifier une personne tant sur le plan individuel que dans ses relations avec les autres. Ces éléments, parmi lesquels figure le « sexe » qui doit figurer sur l'acte de naissance¹³⁰, constituent le statut personnel dont la réglementation est d'ordre public. L'état civil se caractérise par son indisponibilité, c'est-à-dire qu'il est interdit de le modifier par la seule volonté, en dehors des conditions et procédures légales.

¹²⁸ S. ARC, « Faut-il supprimer la mention 'sexe' de l'état-civil ? », *Le journal du CNRS*, 27 juin 2019, en ligne : <https://lejournald.cnrs.fr/articles/faut-il-supprimer-la-mention-sexe-de-letat-civil>

¹²⁹ R. LEBOUTTE et R. OBETELA, *Les registres de population en Belgique - Genèse d'une technique administrative et d'une source de démographie historique*, *Bulletin de la Commission royale d'Histoire*, 1988, p. 287, en ligne : https://www.persee.fr/doc/bcrh_0001-415x_1988_num_154_1_1303

¹³⁰ Pour une analyse des article 55 à 62 du Code Napoléon et de ses évolutions, voy. S. AGUIRRE, C. CLOSON et I. RORIVE, « The Legal Certification of Sex in Belgium over Time. Ideological Effects and Practical Implications », à paraître en 2020 dans une *Special Issue of the International Journal of Gender, Sexuality and Law*.



La première loi concernant les registres de la population en Belgique date du 2 juin 1856¹³¹. Il s'agit de donner à l'État les moyens de dresser une liste des participants au service militaire et d'organiser les impôts¹³². Il s'agit aussi d'appliquer les règles du suffrage censitaire et, plus généralement, un régime profondément inégalitaire pour les femmes. En 1968, un registre national est créé en dehors de tout cadre légal et réglementaire¹³³. Sa mise en place est donc laissée à la discrétion des communes. Ce registre national reprend les données d'identification et de localisation des personnes inscrites aux registres de la population tenus par les communes ainsi qu'aux registres consulaires reprenant les Belges immatriculés auprès d'un poste consulaire ou d'une mission diplomatique belge à l'étranger.

Ce n'est qu'en 1983 que la tenue du registre national devient obligatoire pour les communes¹³⁴. Il sert de base à l'action administrative et permet notamment l'établissement des listes d'électeurs, l'évaluation des besoins locaux, l'aide sociale, l'instruction des différentes procédures administratives, la récolte de taxes locales¹³⁵. Neuf éléments d'informations doivent y figurer : (1) nom et prénoms, (2) lieu et date de naissance, (3) sexe, (4) nationalité, (5) résidence principale, (6) lieu et date du décès, (7) profession, (8) état civil, (9) composition du ménage¹³⁶. Les travaux parlementaires de cette législation précisent que l'objectif est bien de se limiter aux données strictement nécessaires et utiles afin de respecter la vie privée. Si des débats ont notamment entouré l'inscription de la profession qui peut changer et celle de la composition de ménage qui ne fait pas l'objet d'une définition juridique précise, aucune objection n'a été faite concernant l'inscription du sexe¹³⁷. Depuis 1983, cette législation a été modifiée à plusieurs reprises. L'indication de la profession a été supprimée, celle du sexe maintenue et d'autres informations sont désormais obligatoires, portant leur nombre à dix-

¹³¹ Loi du 2 juin 1856 sur les recensements généraux et les registres de la population, *M.B.*, 7 juin 1856.

¹³² La ligue des Droits Humains (LDH), « Carte d'identité : penser le progrès au lieu de le subir », mai 2006, p. 6, en ligne : http://www.liguedh.be/wpcontent/uploads/2008/01/CARTE_IDENTITE_ELECTRONIQUE.pdf

¹³³ Avis de la Commission de la vie privée n° 30/98 du 25 septembre 1998 relatif au Registre National, p. 2, en ligne : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_30_1998.pdf

¹³⁴ Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

¹³⁵ Service public fédéral Intérieur, « FAQ : Qu'est-ce que le Registre national des personnes physiques? », en ligne : <https://www.ibz.rn.fgov.be/fr/faq/registre-national/quest-ce-que-le-registre-national-des-personnes-physiques/>.

¹³⁶ Loi du 8 août 1983 précitée, art. 3, al. 1^{er}.

¹³⁷ Projet de loi organisant un registre national des personnes physiques, rapport fait au nom de la Commission, *Ann. Parl.*, Sén., 1981-1982, séance du 28 juin 1982, n° S. 296/1 et du 21 décembre 1982, n° S.296/2, en ligne : <https://www.senate.be/www/?Mival=/dossier0&DOSSIERID=3707&LANG=fr>



sept¹³⁸. Ceci met en lumière la dimension d'instrument de contrôle du registre national et la nécessité d'une vigilance accrue quant à son utilisation et au lien qui en est fait via la carte d'identité électronique¹³⁹.

Le registre national se caractérise aussi par l'attribution, à chaque citoyen, d'un numéro unique. Ce dernier est justifié par la volonté d'éviter tout risque de confusion dans l'identification des personnes et par le souci de renforcer l'efficacité de l'action administrative. La composition du numéro d'identification du registre national est déterminée par le Roi¹⁴⁰. C'est un arrêté royal du 3 avril 1984¹⁴¹, inchangé depuis lors, qui prévoit que ce numéro est composé de onze chiffres, divisés en trois groupes. Le premier groupe est constitué de six chiffres qui représentent la *date de naissance* (année.mois.jour). Le deuxième groupe est constitué de trois chiffres, *le numéro d'ordre*, qui correspondent au rang d'inscription de la personne dans le compteur journalier des naissances. Ce numéro d'ordre est genré : il est pair si l'enfant est une fille et impair si l'enfant est un garçon. Le troisième groupe est composé de deux chiffres et constitue *le numéro de contrôle* qui représente le quotient d'une division effectuée à partir des neuf premiers chiffres.

La référence au sexe dans le numéro du registre national a fait l'objet de critiques, notamment par la Commission de la Protection de la Vie Privé (CPVP), devenue récemment l'Autorité de Protection des Données (APD).

Dès 1998, « [l]a Commission préconise un numéro personnel d'identification qui ne se réfère à aucune donnée à caractère personnel, tels le sexe ou la date de naissance de l'individu, mais considère par contre que l'usage d'un identifiant unique ne risque de porter atteinte à la vie privée des citoyens que s'il permet d'accéder effectivement à diverses informations stockées dans des banques de données. La Commission estime, dès lors, que le risque d'interconnexion est une question qui doit être réglée en tant que telle et non par une restriction de l'utilisation du

¹³⁸ Pour consulter la liste des dix-sept informations enregistrées et conservées par le registre national, voy. l'article 3 de la loi du 8 août 1983 amendée, en ligne : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?value%3D%22%22=&sql=%28text+contains+%28%27%27%29%29&language=fr&rech=1&tri=dd+AS+RANK&numero=1&table_name=loi&F=&cn=1983080836&caller=image_a1&fromtab=loi&la=F

¹³⁹ E. WERY, « La Belgique étend considérablement la liste des informations figurant du Registre national. Vigilance ! », 24 janvier 2006, en ligne : <https://www.droit-technologie.org/actualites/la-belgique-etend-considerablement-la-liste-des-informations-figurant-du-registre-national-vigilance/>

¹⁴⁰ Loi du 8 août 1983 sur le Registre national précitée, art. 2, §3.

¹⁴¹ Arrêté royal du 3 avril 1984 relatif à la composition du numéro d'identification des personnes inscrites au Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

numéro de Registre national. »¹⁴². En 2003, « [e]n ce qui concerne l'information légale relative au 'sexe', la Commission fait observer qu'un changement de sexe impliquerait une modification du numéro du registre national, étant donné que ce numéro donne déjà une indication quant au sexe de la personne. Par conséquent, en cas de changement de sexe, ce numéro devra être adapté. »¹⁴³. Et de souligner « qu'il n'est nullement recommandé d'associer une information à un numéro d'identification ». Celui-ci doit être choisi « de manière aléatoire ». Du reste, avec la Commission, l'on ne peut que « remarquer que le numéro du registre national apparaît dans un grand nombre de bases de données, si bien que la pratique qui consisterait à l'adapter après chaque modification de l'information qui y est associée signifierait qu'il faudrait l'adapter dans toutes ces bases de données où il apparaît, ce qui entraînerait inévitablement des erreurs de traitement de ce numéro. »¹⁴⁴.

b. Carte d'identité et ses mentions

En Belgique, la carte d'identité est devenue obligatoire en 1919¹⁴⁵. En réalité, les autorités belges ont repris à leur compte le *personal ausweis* ou certificat d'identité imposé par l'occupant allemand¹⁴⁶. Celui-ci ne mentionnait pas le sexe. Il en ira de même de la carte d'identité qui, à l'origine, comportait les indications suivantes : (1) nom, (2) prénom, (3) état civil, (4) nationalité, (5) date et lieu de naissance, (6) profession, (7) résidence précédente, (8) seconde résidence, (9) adresse, (10) taille, (11) signature, (12) photographie¹⁴⁷.

La loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour¹⁴⁸, qui a connu une série d'amendements successifs

¹⁴² Avis n° 30/98 du 25 septembre 1998 précité.

¹⁴³ Avis n° 12/2003 du 13 janvier 2003 relatif au projet d'arrêté royal déterminant les informations techniques associées aux informations visées à l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, en ligne : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_12_2003.pdf

¹⁴⁴ *Ibid.* Voy. aussi Cour eur. dr. h., *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980 (req n °7654/76), point 21 : « Quant aux cartes d'identité, passeports et permis de conduire, ils ne précisent pas le sexe de leur titulaire ».

¹⁴⁵ Arrêté royal du 6 février 1919, *M.B.*, 22 février 1919.

¹⁴⁶ A. ARCQ, « Du personal ausweis à la carte d'identité (CI) », en ligne : <https://chaf6140.wordpress.com/test1/3-les-monnaies-belges-sous-loccupation-de-1914-a-1918-et-apres-par-alain-arcq/du-personal-ausweis-a-la-carte-didentite-ci-par-alain-arcq/>

¹⁴⁷ Archive d'une carte identité datant de 1951, en ligne : <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=https%3A%2F%2Fwww.arvia.be%2Farchive%2Fherve-1951-eugene-zinnen-fausse-carte-didentite%2F>

¹⁴⁸ *M.B.*, 9 septembre 1991, en ligne : https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1991071931&table_name=loi



et qui est toujours en vigueur, prévoit que le sexe est mentionné sur la carte d'identité à la suite d'une réforme intervenue en 2003¹⁴⁹. C'est à cette époque que la carte d'identité est devenue électronique¹⁵⁰. Aujourd'hui, les informations à caractère personnel visibles à l'œil nu et lisibles de manière électronique concernent: (1) le nom, (2) les deux premiers prénoms, (3) la première lettre du troisième prénom, (4) la nationalité, (5) le lieu et la date de naissance, (6) le sexe, (7) le lieu de délivrance de la carte, (8) la date de début et de fin de validité de la carte, (9) la dénomination et le numéro de la carte, (10) la photographie du titulaire, (11) le numéro d'identification du registre national¹⁵¹.

Il est important de noter que ces éléments ont évolué au fil du temps. Ainsi, par exemple, pour les premières cartes d'identité électroniques, le titulaire de la carte pouvait préciser, dans le formulaire soumis par les autorités communales s'il souhaitait que le numéro de son registre national soit ou non visible au verso de sa carte d'identité, alors que sa mention a été imposée par la suite¹⁵². Du reste, d'autres modifications sont actuellement en cours. Le Conseil des ministres a approuvé, le 25 octobre 2019, un avant-projet de loi concernant les informations visibles sur les cartes d'identité afin notamment que le lieu de naissance ne figure plus parmi les mentions de la carte d'identité visibles à l'œil nu. Cette information demeurera visible de manière électronique¹⁵³.

C'est bien le propre de la puce électronique : contenir également des informations à caractère personnel qui ne sont lisibles que de manière électronique, et pour certaines uniquement par les autorités habilitées pour ce faire. A ce jour, elles comportent : (1) les clés d'identité et de signature, (2) les certificats d'identité et de signature, (3) le prestataire de service de certification, (4) l'information nécessaire à l'authentification de la carte et à la protection des données visibles de manière électronique figurant sur la carte et à l'utilisation des certificats qualifiés y afférents, (5) les autres mentions, imposées par les lois, (6) la résidence principale

¹⁴⁹ Loi du 25 mars 2003 modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques et la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population et aux cartes d'identité et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 28 mars 2003. Notez qu'en 1991, le numéro d'identification du registre national n'est mentionné sur la carte d'identité qu'à la demande écrite du titulaire de la carte (article 6).

¹⁵⁰ Sur le processus de la mise en œuvre de la carte d'identité électronique, voy. le site du SPF Intérieur : <https://www.ibz.rn.fgov.be/fr/documents-didentite/eid/faq/>

¹⁵¹ Loi du 19 juillet 1991 précitée, art. 6, §2.

¹⁵² La loi du 25 mars 2003 précitée a en effet imposé sa mention en son article 14 modifiant l'article 6 de la loi du 19 juillet 1991.

¹⁵³ Avant-projet de loi modifiant la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour (CO-A-2019-064)

du titulaire, (7) l'image numérisée des empreintes digitales de l'index de la main gauche et de la main droite du titulaire ou, en cas d'invalidité ou inaptitude, d'un autre doigt de chaque main¹⁵⁴.

III.2 Prendre la mesure du droit au respect de la vie privée : droit à l'autodétermination et protection des données

Prendre la pleine et entière mesure du droit à l'autodétermination qui est au cœur de la loi du 25 juin 2017 « réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres », n'est-ce pas « 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 juridique »¹⁵⁵ ? À partir du moment où le genre est réellement autodéterminé, l'on ne voit en effet pas en quoi il pourrait servir à identifier une personne d'un point de vue juridique.

Une telle réforme aurait immanquablement un impact sur la possibilité de disposer de statistiques de genre et sur les modalités de leur récolte. Comme nous l'avons indiqué (*supra*, point II.1), cette conséquence ne peut être négligée dans la mesure où diverses obligations, tant au plan international que national, imposent aux États de collecter des statistiques fondées sur le sexe, aux fins de lutter contre les discriminations et les inégalités dont sont victimes les femmes ainsi que pour orienter et évaluer les politiques publiques en tenant compte de la dimension du genre. L'analogie avec d'autres critères de discrimination, comme la race ou l'origine ethnique, montre que des statistiques peuvent être récoltées, alors même que les données relatives à l'origine ethnique ne sont pas enregistrées dans l'état civil, ni mentionnées sur les différents documents d'identité¹⁵⁶. Des données fondées sur l'identité de genre doivent donc pouvoir être récoltées, indépendamment de son enregistrement dans l'état civil des personnes. Le récent rapport rédigé par le professeur Mark Bell sur la récolte de données relatives aux personnes LGBTI+, en droit de l'Union européenne et en droit comparé offrent d'intéressantes pistes de réflexion à cet égard¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Loi du 19 juillet 1991 précitée, art. 6, §2.

¹⁵⁵ Principe de Jogjakarta 31 A - Le droit à la reconnaissance juridique.

¹⁵⁶ Pour une approche systématique et approfondie de la question des statistiques ethniques en vue de lutter contre les discriminations fondées sur la race et l'origine ethnique, voy. J. VAN CAENEGHEM, *Legal Aspects of Ethnic Data Collection and Positive Action. The Roma Minority in Europe*, Springer, Switzerland, 2019, p. 155-173 et p. 259-319.

¹⁵⁷ M. BELL, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in relation to LGBTI People*, Bruxelles, Commission européenne, 2017, en ligne : https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=112035



Nous avons cependant bien conscience du caractère radical de la suppression de l'enregistrement du sexe/genre comme élément de l'identité juridique des personnes, une approche dont il est, du reste, malaisé de mesurer les effets sur les politiques de genre. Ceci étant, à défaut de s'engager dans cette voie, les exigences du respect des droits fondamentaux devraient imposer une triple démarche au législateur.

Premièrement, il conviendrait de réinterroger le·s but·s poursuivi·s par la récolte des données de sexe/genre comme un élément consubstantiel à l'identité des personnes repris dans l'acte de naissance et dans le registre national. Les développements sur les raisons d'être historiques de l'enregistrement du sexe à l'état civil (*supra*, point III.1) témoignent à suffisance de la nécessité de questionner la légitimité des objectifs poursuivis par cet enregistrement.

Deuxièmement, il ne suffit pas de poursuivre un objectif légitime pour que l'enregistrement du sexe/genre soit conforme au droit au respect à la vie privée. Encore faut-il que cet enregistrement respecte l'identité des personnes en prévoyant des catégories de genre appropriées, au-delà des catégories binaires traditionnelles¹⁵⁸. En d'autres termes, l'argument tiré de l'utilité de disposer de données genrées aux fins de lutter contre les discriminations est insuffisant. Ces données doivent être récoltées dans le cadre de catégories définies en étroite consultation avec les personnes concernées et les associations LGBTQI+, pour éviter les risques de stigmatisation et d'exclusion. Chacun·e doit pouvoir s'identifier à l'une de ces catégories, dans le respect du droit à l'autodétermination. À cet égard, on ne peut que recommander de prévoir une catégorie ouverte, comme c'est le cas notamment pour le recensement des données ethniques au Canada, aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni¹⁵⁹.

Troisièmement, la légitimité du but poursuivi ainsi que la nécessité et la proportionnalité de l'indication de l'identité de genre sur les différents documents d'identité (carte d'identité, permis de conduire, passeport, etc.) doivent être interrogés. Comme le souligne Victor Madrigal-Borloz, l'expert indépendant des Nations-Unies précité, « [l]es raisons qui sous-tendent la collecte de certaines données et celles qui en motivent la publication doivent être régulièrement examinées de manière séparée par les autorités judiciaires, de même que les règles qui président à la gestion des données »¹⁶⁰. À l'instar des démarches amorcées aux Pays-

¹⁵⁸ Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, en ligne : http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_fr.pdf, Principe 31.

¹⁵⁹ P. SIMON, « Les statistiques ethniques - Un moyen nécessaire ou dangereux ? », in *Profession Banlieue*, décembre 2007, en ligne : <https://www.professionbanlieue.org/IMG/pdf/pbam9.pdf>; R. ALBA et N. DENTON, « Les données raciales et ethniques aux États-Unis : entre connaissance scientifique et politique des identités », *Revue française de Sociologie*, 2008/1, p. 141-151, en ligne : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-sociologie-1-2008-1-page-141.htm#>

¹⁶⁰ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), para. 37.

Bas (*supra*, point I.2.d), une réflexion systématique doit dès lors être menée pour déterminer dans quels cas l'enregistrement ou la mention du sexe et/ou du genre est légitime, nécessaire et proportionnée. Il convient, en outre, de s'interroger sur le type de protection que ces données doivent recevoir.

III.3 Le sexe et le genre, des données à caractère personnel ou des données sensibles ?

Quelle que soit l'option choisie par le législateur pour combler les lacunes identifiées par la Cour constitutionnelle, dans son arrêt du 19 juin 2019, une réflexion sur le type de protection à accorder aux données relatives au sexe et ou au genre des personnes est indispensable aujourd'hui. Les enjeux relatifs à la protection de ces données sont cruciaux étant donné l'ampleur des discriminations auxquelles font face les personnes transgenres (en ce compris les personnes non binaires) et les personnes intersexes. Celles-ci sont immanquablement « *outées* » lorsque les informations relatives à leur sexe enregistré figurant sur les documents d'identité officiels sont en discordance avec leur identité de genre ou leur expression du genre¹⁶¹. Si la loi belge du 25 juin 2017 a permis de limiter ces situations, elle ne les résout pas toutes. Des données relatives au sexe/genre des personnes sont collectées quotidiennement par divers organismes publics ou privés et, outre le caractère le plus souvent binaire des catégories proposées, rien ne garantit que cette collecte se fasse dans le respect du droit à l'autodétermination¹⁶². Si l'indication du sexe/genre sur une série de documents ou à l'occasion de démarches les plus variées est longtemps apparue comme une formalité banale pour la plupart des personnes cisgenres, ce n'est guère le cas pour les personnes transgenres ou intersexes. Les risques d'atteinte à leurs droits et libertés exigent d'entourer la collecte de données relatives au sexe ou au genre d'une protection renforcée. Du reste, même pour les personnes cisgenres, au vu des discriminations structurelles qui touchent encore les femmes, il paraît paradoxal de laisser se développer des pratiques sociétales qui continuent à imprimer une frontière héritée d'un modèle patriarcal.

¹⁶¹ Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), Rapport UN/Doc [A/73/152](#), para. 36. Dans son enquête LGBT de 2012, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) a signalé qu'une personne LGBT sur quatre dans l'UE a été agressée physiquement ou sexuellement ou menacée de violence. En Grande-Bretagne, par exemple, les personnes transgenres font régulièrement face à plus de crimes haineux (41 %) que les personnes cisgenres (16 %). Voy aussi le *Eurobarometer on the social acceptance of LGBTI people in the EU 2019*, en ligne : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/eurobarometer-social-acceptance-lgbti-people-eu-2019_en.

¹⁶² L., HOLZER, « Non-Binary Gender Registration Models in Europe » in *Report on third gender marker or no gender marker options*, ILGA-Europe, septembre 2018, en ligne : https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/non-binary_gender_registration_models_in_europe_0.pdf.



Cette réflexion dépasse de loin le cadre de cette consultation, mais il importe néanmoins de pointer quelques pistes qui gagneraient à être approfondies, afin de garantir la protection des personnes quant au traitement des données relatives au sexe, au genre, voire aux caractéristiques sexuelles¹⁶³. Ici, le cadre juridique de référence est le Règlement du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁶⁴ (ci-après « R.G.P.D. »), intégré en droit belge par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁶⁵.

Enregistrer le sexe/genre d'une personne revient à récolter des données à caractère personnel qui rentrent dans le champ d'application du R.G.P.D., car il s'agit d'informations « se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (article 4). À ce titre, *le principe de minimisation des données* s'applique en toute hypothèse (article 5, § 1^{er}, c) du R.G.P.D.). Il s'agit de la première garantie valable pour toutes les données à caractère personnel. En vertu de ce principe, seules peuvent être traitées les données qui sont adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées. Ainsi, s'il n'y a pas lieu de traiter les données relatives au sexe (ou à l'identité de genre) de la personne concernée, au regard de la finalité du traitement¹⁶⁶, il ne pourrait, en principe, être demandé à ce qu'elles soient fournies ou indiquées. Cette exigence est toutefois loin d'être respectée en pratique, si l'on songe aux très nombreux cas dans lesquels l'indication du sexe/genre est sollicitée dans la vie quotidienne.

Etant donné la désinvolture avec laquelle les informations relatives au sexe/genre sont le plus souvent collectées en méconnaissance des règles fondamentales du R.G.P.D. et sans avoir égard aux risques de traitements discriminatoires qui s'ensuivent, une réflexion devrait être menée

¹⁶³ Les développements relatifs au R.G.P.D. ont bénéficié du précieux éclairage de Carine Doutrelepon (avocate et professeure à l'ULB) et de Jean-Ferdinand Puyraimond (avocat et chercheur au Centre de droit privé de l'ULB).

¹⁶⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), (JO L 119/1 du 4 mai 2016, p.1).

¹⁶⁵ *M.B.*, 5 septembre 2018.

¹⁶⁶ Dans le contexte du R.G.P.D., le « traitement » doit être compris comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction » (article 4, 2).



quant à l'opportunité d'intégrer l'identification du sexe ou de l'identité de genre dans la « catégorie de données particulières », également qualifiées de « données sensibles »¹⁶⁷. Ces données, limitativement énumérées dans le R.G.P.D., sont celles révélant ou concernant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, la santé, la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle auxquelles viennent s'ajouter les données génétiques ou les données biométriques qui permettent d'identifier une personne physique de manière unique (article 9). Ces données sensibles bénéficient d'un régime de protection renforcé pour garantir les droits et libertés individuelles : leur traitement est, en principe, interdit sauf dans les conditions particulières énoncées par le R.G.P.D..

Alors même qu'il est avéré que les discriminations fondées sur l'identité de genre sont légion, il est frappant de constater que l'identité de genre n'est nullement reprise dans la liste des données sensibles méritant une protection spécifique au titre du R.G.P.D. Par ailleurs, il n'est, en principe, pas envisageable pour le législateur belge d'ajouter purement et simplement le sexe, le genre ou l'identité de genre à la liste des données sensibles qui bénéficient d'une protection renforcée. En effet, le R.G.P.D. énumère de façon exhaustive ces données, dans un objectif d'harmonisation entre les Etats membres, afin de garantir la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne (considérant 10 du R.G.P.D.)¹⁶⁸.

Si allonger formellement la liste des données sensibles semble exclu, il est concevable qu'une information relative à l'identité de genre, à l'expression de genre ou aux caractéristiques sexuelles puisse être considérée comme un donnée sensible au titre des données génétiques, biométriques ou relatives à la santé¹⁶⁹. Il convient ici de tenir compte des directives

¹⁶⁷ L'on relèvera également que, dans un projet de loi indien pour une nouvelle loi exhaustive sur la protection des données, le statut de personne transgenre ou de personne intersexe est intégré au rang des données personnelles sensibles qui font l'objet d'une protection renforcée (*Personal Data Protection Bill 2018*, Section 3(29)).

¹⁶⁸ Voy. en ce sens la jurisprudence de la CJUE, lui ayant permis de préciser (par rapport à l'ancien article 7 de la directive 95/46/CE) que « ladite directive prévoit une liste exhaustive et limitative des cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut être considéré comme étant licite et que les États membres ne sauraient ni ajouter de nouveaux principes relatifs à la légitimation des traitements de données à caractère personnel audit article ni prévoir des exigences supplémentaires qui viendraient modifier la portée de l'un des six principes prévus à cet article » (arrêt du 24 novembre 2011, *ASNEF et FECEMD*, C-468/10 et C-469/10, EU:C:2011:777, points 30 et 32). Ce principe, qui s'appliquait déjà à l'ancienne directive, vaut *a fortiori* aussi pour le Règlement, et empêcherait d'ajouter à l'article 9 du R.G.P.D. l'identification du sexe, par le biais d'une législation nationale subséquente.

¹⁶⁹ P. DUNNE & M. VAN DEN BRINK, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Luxembourg, Office des publications UE, 2018, p. 9. La définition du R.G.P.D. des données à caractère personnel concernant la santé est relativement large : « données concernant la santé », les données à caractère personnel



interprétatives fournies par le Groupe de travail 'Article 29' ainsi que par l'Autorité de Protection des Données, qui soulignent que la qualification en « donnée sensible », bénéficiant d'une protection particulière, doit être analysée au regard de la finalité poursuivie par le responsable du traitement de cette donnée. Dans ce cadre, « toute information n'est pas sensible en elle-même, ces caractéristiques pouvant résulter du contexte et des finalités pour lesquelles ces données sont traitées. Ainsi, la couleur de la peau des personnes filmées, qu'elle soit blanche ou noire, ne peut être considérée comme sensible en elle-même, mais elle le serait si par exemple, l'objectif de l'enregistrement d'images était d'identifier et de classer les personnes filmées selon leur couleur de peau »¹⁷⁰.

Nous voyons donc que la mention du sexe ou du genre d'une personne pourrait constituer une donnée à caractère personnel sensible en fonction du contexte et des finalités de leur utilisation. Le fait qu'une personne soit transgenre pourrait, par exemple, dans un contexte médical, constituer une donnée relative à la santé¹⁷¹. De même, si les caractéristiques physiques d'une personne transgenre constituent des données permettant de l'identifier de manière certaines en raison de leur importance au niveau biométrique, ces données pourront aussi être qualifiées comme telles. Enfin, si le patrimoine génétique d'une personne comprend des données relatives aux variations des caractéristiques sexuelles, il s'agira là aussi de données sensibles. Par contre, la photo d'une personne transgenre sur un réseau social ou l'indication du

relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne » (art. 4, 15). Le considérant n° 35 du R.G.P.D. apporte, en outre, les précisions suivantes : « Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur *l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur* de la personne concernée. Cela comprend des informations sur la personne physique *collectées lors de l'inscription de cette personne physique en vue de bénéficier de services de soins de santé* ou lors de la prestation de ces services (...) au bénéfice de cette personne physique; un numéro, un symbole ou un élément spécifique attribué à une personne physique pour l'identifier de manière unique à des fins de santé; *des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle*, y compris à partir de données génétiques et d'échantillons biologiques; et toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, *les antécédents médicaux, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée*, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'un test de diagnostic in vitro. » (notre accent).

¹⁷⁰ Audition de MM. Michel Parisse et Willem De Beuckelaer, président et vice-président de la commission de la protection de la vie privée, Surveillance par caméra, Rapport, Sén., 2005-2006, *Document législatif* n° 3-1413/1.

¹⁷¹ L'on peut également citer une décision de la Cour suprême italienne qui a considéré que le changement de sexe enregistré dans un document officiel tombe dans la catégorie des données à caractère personnel dites « sensibles » et que le bureau municipal d'enregistrement n'aurait pas dû communiquer cette donnée à une autre administration locale à l'occasion d'un changement de résidence (Cour suprême italienne, 13 mai 2015, n° 9785).



sexe en vue de participer à des activités expressément prévues dans un contexte unisexe, ne relèveront *a priori* pas de cette catégorie.

III.4. Incidences sur d'autres domaines juridiques

Pour rester dans les limites de ce rapport, seule l'option de la suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil a été envisagée ici. Parmi celles suggérées par l'arrêt n° 2019-099 de la Cour constitutionnelle, il s'agit de la voie qui, d'une part, est la plus conforme au droit à l'autodétermination et, de l'autre, soulève les défis les plus importants, même si un mouvement de « déssexualisation » des règles juridiques peut être observé en droit contemporain¹⁷². Le caractère abyssal des enjeux et des questions qu'elle génère est illustré, sous une forme originale, dans *Sexus nullus, ou l'égalité*, un essai en forme de conte philosophique, imaginé par le professeur Thierry Hoquet¹⁷³. Il y décrit l'ascension politique d'un candidat à la présidence de la France, dont le programme électoral tient en une seule mesure : « dorénavant le sexe des enfants ne sera plus enregistré par l'état civil à leur naissance. Tous les enfants seront élevés sans distinction de sexe ». Tour à tour l'auteur envisage les réactions de différentes franges de la société – médias, dirigeants et militants politiques, médecins, juristes, féministes, virilistes, philosophes, psychanalystes, religieux de tous bords et anonymes - face à cette idée simple à première vue, mais dont il s'attelle à montrer le caractère déterminant pour réaliser l'égalité entre les genres¹⁷⁴.

L'ambition ici est forcément plus modeste. Nous nous limitons à pointer, sans prétendre à l'exhaustivité, quelques questions juridiques que le législateur devra résoudre s'il décidait de supprimer l'enregistrement du sexe/genre dans l'état civil. Les domaines du droit que nous avons plus particulièrement envisagé sont le droit civil et familial (a.), le droit de l'égalité et de la non-discrimination (b.), le droit du travail et de la sécurité sociale (c.). Bien évidemment des questions se poseront immanquablement dans d'autres domaines, comme le droit international

¹⁷² P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 8, 2015, disponible en ligne sur <https://journals.openedition.org/revdh/1660>, p. 3.

¹⁷³ T. HOQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité*, Donnamarie-Dontilly, Edition iXe, 2015.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 7, p. 13-15 et p. 20-23.



privé, le droit du sport¹⁷⁵, ou le droit de l'enseignement, qui renvoie aussi, dans certaines filières, à des référentiels de compétences différents pour les étudiants et les étudiantes¹⁷⁶.

a. Droit civil et familial

Si une analyse systématique devrait être menée avec des spécialistes du droit civil et familial, l'on soulignera d'emblée qu'il ne nous semble pas exister d'obstacle rédhibitoire à dé-gener ces branches du droit¹⁷⁷. Du reste, des réflexions ont été entamées à cet égard dans le cabinet du ministre de la Justice, sous la précédente législature. En ouvrant, en 2003, le mariage aux couples de même sexe, en autorisant, en 2006, l'adoption par deux personnes de même sexe ou l'adoption par le partenaire homosexuel de l'enfant de son conjoint ou cohabitant, ou encore en permettant, en 2014, l'établissement de la filiation par une coparente, le législateur belge a déjà fait sauter le verrou de la référence à la différence sexuée qui était auparavant essentielle aux institutions du mariage et de la filiation¹⁷⁸. Il est vrai qu'en dépit de ces évolutions, le droit de la filiation reste encore marqué par une vision hétéronormative et genrée de l'établissement et de la contestation de la filiation, comme en atteste notamment la présentation des règles de filiation paternelle et maternelle dans le manuel diffusé par le SPF Justice¹⁷⁹. Pour autant, sur un plan juridique, le pas à franchir pour dé-gener le droit de la filiation ne semble guère être particulièrement hasardeux. En réalité, il s'agirait plutôt d'une « révolution terminologique » qui tirerait toutes les conséquences des réformes effectuées en la matière au XXI^e siècle en remplaçant les notions juridiques de « père », de « mère », de « paternité » et de « maternité » par celles de « parent » biologique ou social, de « coparent », de « parentalité », voire de « personne qui accouche » pour l'application de la présomption irréfragable suivant laquelle

¹⁷⁵ Il suffit de penser ici à l'affaire Caster Semenya, souvent présentée comme le procès de l'hyperandrogénie dans le sport qui a donné lieu à plusieurs décisions en 2019 (voy. brièvement à ce sujet E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2019/2, p. 120 et suiv.).

¹⁷⁶ Voy., par exemple, les études d'éducation physique ou de kinésithérapie.

¹⁷⁷ D. BORRILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in N. GALLUS, *Droit des familles, genre et sexualité*, Anthémis/LGDJ, 2012, p. 7, spéc. p. 23 ; F. VIALLA, « De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil : étude de l'opportunité d'une réforme », Mission de recherche Droit et justice, septembre 2017. Contra, voy. P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *op. cit.*, §§ 10-15.

¹⁷⁸ S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Annales du droit de Louvain*, 2014, p. 91-112.

¹⁷⁹ Ce manuel est disponible en ligne : https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/BROCHURE_AF_STAMMING_FR_BD.pdf. Voy. aussi N. GALLUS, « Le sexe » in VAN GYSEL, A.-C. (dir.), *Précis De Droit De La Famille*, 2^e Édition, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 157.



*mater certa est*¹⁸⁰. Du reste, cette démarche permettrait de supprimer plusieurs inégalités encore présentes dans la parentalité des couples de même sexe. Les dispositions relatives à la filiation des personnes transgenre, inscrites dans la loi du 25 juin 2017 précitée, prolongent déjà cette évolution fondamentale « du droit de la filiation, qui abandonne ici la vision ‘naturaliste’ de la parenté qui conduisait à une vision binaire et bisexuée de la filiation avec une classification nécessairement figée de façon définitive entre homme et femme, entre filiation paternelle et filiation maternelle »¹⁸¹.

b. Droit de l'égalité et de la non-discrimination

Le droit de l'égalité et de la non-discrimination est certainement l'un des domaines du droit qui est susceptible d'être le plus affecté par la suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil (voy. déjà *supra*, points II.1 et III.2). Nous abordons ici les questions relatives à l'accès à des statistiques de genre ainsi que la mise en œuvre de politiques d'actions positives et de parité. Les situations dans lesquelles des différences de traitement directement fondées sur le sexe/genre sont permises posent également une série de questions passionnantes qui dépassent les limites du présent rapport¹⁸². Il en va de même des dispositifs de privation de liberté organisés dans des espaces ségrégués en fonction du genre (établissements pénitentiaires, IPPJ, centres fermés pour personnes étrangères en situation irrégulière, etc.)¹⁸³ ou de lieux particuliers, comme les refuges pour accueillir les femmes victimes de violence conjugale.

¹⁸⁰ La loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente permet de repérer plus aisément dans le Code civil les articles auxquels des modifications terminologiques devraient être apportées.

¹⁸¹ E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *op. cit.*, p. 266.

¹⁸² Voy. notamment l'arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle (*M.B.*, 16 février 1979) qui, à défaut d'une mesure d'exécution plus récente, met en œuvre l'article 13, §1 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes (*M.B.*, 30 mai 2007). De manière générale, voy. l'analyse très détaillée de P. DUNNE et M. VAN DEN BRINK dans le rapport *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, Luxembourg, Office des publications UE, 2018, en ligne : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/trans_and_intersex_equality_rights.pdf

¹⁸³ Dans ce cadre, l'arrêté royal du 10 octobre 2000 relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les services extérieurs de la Direction générale des Etablissements pénitentiaires du Ministère de la Justice (*M.B.*, 13 octobre 2000) prévoit que minimum 60 % du personnel de surveillance doit être du même sexe que les personnes surveillées.

Statistiques genrées

Les études de genre ont montré l'importance de disposer de statistiques genrées en vue de mesurer et de combattre les discriminations structurelles dont sont encore victimes les femmes aujourd'hui. L'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes souligne ceci dans son rapport, *Femmes et hommes en Belgique. Statistiques et indicateurs de genre*, qui en est, depuis 2018, à sa troisième édition¹⁸⁴. Des chiffres fiables constituent la base d'une politique éclairée d'égalité de genre ainsi qu'un outil essentiel pour mettre en œuvre le *gender mainstreaming*. Les statistiques genrées participent également à la mise au jour et à la preuve en justice des discriminations indirectes¹⁸⁵. Ceci étant, la suppression de l'enregistrement du sexe/genre dans l'état civil n'implique pas l'impossibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexo-spécifiques. En témoignent notamment les modes de récoltes de données relatives à d'autres motifs de discrimination, tels que la race, l'origine ethnique¹⁸⁶ ou l'orientation sexuelle¹⁸⁷ qui, pour des raisons évidentes, ne sont pas reprises dans l'état civil des personnes. Bien évidemment, supprimer l'enregistrement du sexe/genre dans l'état civil et donc, dans le registre national, compliquerait immanquablement la récolte de statistiques genrées.

Actions positives et parité

La suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil renvoie aussi à la mise en œuvre des actions positives préconisées tant par la Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes¹⁸⁸ que par l'Union européenne, pour faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes¹⁸⁹. Des mesures très diverses sont rassemblées sous le terme générique

¹⁸⁴ En ligne : https://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/femmes_et_hommes_en_belgique_statistiques_et_indicateurs_de_genre_troisieme_edition

¹⁸⁵ CH. TOBLER, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, Bruxelles, Commission européenne, 2008, en ligne : <https://www.equalitylaw.eu/downloads/2720-limpot08-en>

¹⁸⁶ J. VAN CAENEGHEM, *Legal Aspects of Ethnic Data Collection and Positive Action. The Roma Minority in Europe*, *op. cit.*, p. 278-332.

¹⁸⁷ M. BELL, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union. Data collection in relation to LGBTI People*, Brussels, Commission européenne, *op. cit.*

¹⁸⁸ Comité E.D.F., *Recommandation générale n° 25 : premier paragraphe de l'article 4 de la Convention (mesures temporaires spéciales)*, 2004.

¹⁸⁹ Ch. MCCRUDDEN, *Gender-based positive action in employment in Europe. A Comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, Bruxelles, Commission européenne, 2019, p. 55-57, en ligne: <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5008-gender-based-positive-action-in-employment-in-europe-pdf-1-9-mb>



d'actions positives¹⁹⁰, qui peuvent être définies comme des « mesures visant un groupe défavorisé, dont les membres sont porteurs d'un critère protégé bien défini et qui ont pour objectif de réduire, d'éliminer ou de compenser les désavantages subis par le groupe et en lien avec le critère protégé »¹⁹¹. En Belgique, l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive vient, depuis peu, en préciser le cadre en exécutant les trois lois fédérales du 10 mai 2007 relatives à la lutte contre les discriminations¹⁹². La suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil implique de s'interroger sur la manière d'identifier les bénéficiaires de ces actions positives, à savoir le plus souvent les femmes en pratique. Toutefois, le champ d'application de l'arrêté royal, qui inclut tant les actions positives fondées sur le sexe que celles fondées sur d'autres critères comme l'origine ethnique ou l'orientation sexuelle, donne à penser qu'ici encore des solutions pourraient être trouvées pour identifier les bénéficiaires des actions positives, indépendamment d'un enregistrement systématique du sexe/genre à l'état civil.

Au sein des actions positives, les mesures qui aboutissent à octroyer un traitement préférentiel au bénéfice des membres du sexe/genre sous-représenté, telles que l'établissement de quotas sont celles qui soulèvent avec le plus d'acuité la question des conditions de l'appartenance au groupe qui en bénéficie. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 53 de l'arrêté royal sur la fonction publique de 1937, qui prévoit qu'« aucune désignation ou nomination ne peut avoir pour effet que plus des deux tiers des emplois classés dans le premier degré de la hiérarchie (...) soient occupés par des agents appartenant au même genre (...) ». Sans entrer dans les controverses théoriques relatives aux différences d'approches entre actions positives et parité, la suppression de l'enregistrement du genre/sexe à l'état civil vient également questionner les dispositifs juridiques visant à mettre en œuvre la parité. Comme le rappelle l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes, celle-ci, partant « du principe que la dualité sexuelle est une donnée constitutive de l'humanité », « a pour objectif un partage équilibré du pouvoir entre les sexes et donc une représentation égale des hommes et des femmes dans tous les organes de décision de la vie publique. Elle vise à ce que les femmes et les hommes participent à égalité aux processus de décision politique, c'est-à-dire qu'ils partagent la faculté de prendre les décisions qui affectent le bien commun »¹⁹³. Depuis la réforme constitutionnelle de 2002,

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 116-117.

¹⁹¹ Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1^{er} mars 2019.

¹⁹² Il s'agit de la loi tendant à lutter contre les discriminations entre les hommes et les femmes, de la loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations et de la loi modifiant la loi Moureaux tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie.

¹⁹³ https://igvm-iefh.belgium.be/fr/activites/politique/parite_en_quelques_mots



les dispositifs législatifs visant ainsi à mettre en œuvre une telle parité aux différents niveaux de pouvoir se sont multipliés¹⁹⁴.

L'ensemble de ces dispositifs, qu'ils relèvent de la logique des quotas ou de celle de la parité, soulèvent la question de l'identification de leurs bénéficiaires, et implique de se demander qui est amené à déterminer si une personne est « une femme » (ou « un homme », le cas échéant), aux fins de bénéficier de ces mécanismes. S'agit-il de l'employeur (si l'on est dans le domaine de l'emploi), de la personne elle-même conformément au principe d'auto-identification ou d'autres approches doivent-elles être envisagées¹⁹⁵ ? Dans son rapport publié en 2019 sur les actions positives, le professeur Christopher McCrudden souligne que l'étude des 28 États membres de l'Union européenne montre que seuls quelques États se sont réellement penchés sur cette question. De manière générale, il distingue deux types d'approches. La première est dite *objective* : elle règle la question sur la base soit du genre attribué à la naissance ou figurant sur les documents d'identité, en tenant compte de la modification éventuellement intervenue à la suite d'une transition, soit en la confiant à l'appréciation de l'employeur. La seconde, dite *subjective*, est fondée sur l'auto-identification. Cette méthode est plus rare car on ne la retrouve qu'à Malte et aux Pays-Bas¹⁹⁶. Il ne s'agit dès lors pas d'un enjeu totalement méconnu, même s'il se posera assurément avec plus d'acuité en cas de suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil.

c. Droit du travail et droit de la sécurité sociale

Sans prétendre nullement à l'exhaustivité, l'on peut pointer quelques domaines dans lesquels l'incidence de la suppression de sexe/genre à l'état civil doit être mesurée en droit social et en droit de la sécurité sociale¹⁹⁷.

L'on songe tout d'abord à la protection de la grossesse et de la maternité. A la réflexion, au-delà de l'adaptation de la terminologie dans les textes concernés, la difficulté est loin d'être insurmontable. Il s'agit, en effet, de protéger la personne qui porte l'enfant, qui le met au monde

¹⁹⁴ Pour une présentation de ces dispositifs, voy. sur le site de l'I.E.F.H. : https://igvm-iefh.belgium.be/fr/activites/politique/lois_sur_la_parite

¹⁹⁵ Ch. MCCRUDDEN, *Gender-based positive action in employment in Europe. A Comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, op. cit., p. 113-114.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 114.

¹⁹⁷ Les développements relatifs aux incidences en droit social ont bénéficié du précieux éclairage de Jean Jacquain (professeur invité de droit social, ULB et précédent expert pour la Belgique dans le European network of legal experts in gender equality and non-discrimination).



et qui, le cas échéant, l'allait, quel que soit son sexe ou son genre. De la même manière, les questions relatives à l'accès aux soins de santé ou aux remboursements genrés de certaines pathologies pourraient être résolues en raisonnant sur la base des organes affectés par la pathologie et du dossier médical, plutôt que sur une catégorisation genrée. Ainsi, comme le soulignait la professeure Petra De Sutter¹⁹⁸, les remboursements liés à la prévention (mammographies) et au traitement d'un cancer du sein ne devraient plus être réservés aux femmes mais bien aux personnes qui ont des seins, cela permettrait d'ailleurs de faire disparaître certaines discriminations fondées sur le sexe, aujourd'hui dénoncées dans le domaine de l'accès aux soins de santé¹⁹⁹.

Ensuite, il est vrai que la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes autorise encore l'utilisation de facteurs actuariels sexués pour la fixation des primes et des prestations dans des régimes complémentaires de sécurité sociale, lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques (article 12, § 3). Il s'agit toutefois d'une dérogation au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, qui si elle est autorisée par la directive 2006/54 (article 9 (1), (h) et (j)), pourrait être contestée à la lumière du principe général d'égalité entre les sexes et des articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE²⁰⁰. Qui plus est, son application n'implique pas forcément de disposer d'un enregistrement du sexe/genre des personnes à l'état civil.

Un troisième exemple, qui incite à la réflexion, est tiré du Code du bien-être au travail qui impose aux employeurs de prévoir des toilettes (et, le cas échéant, des vestiaires et des douches) séparées pour les hommes et les femmes²⁰¹. La question des toilettes sexo-spécifiques fait déjà l'objet de réflexions aux fins de supprimer les situations de discrimination ou d'exclusion auxquelles font face les personnes transgenres ou intersexes. Les enjeux ne sont pas

¹⁹⁸ Entretien mené par Hania Ouhnaoui dans le cadre de son travail de fin d'études de Master en droit « Comment prendre en compte l'intersexuation en matière d'état civil ? Vers une réforme du droit belge au regard d'exemples étrangers », déposé le 23 juillet 2019.

¹⁹⁹ Voy. plus largement pour les discriminations et exclusions auxquelles se heurtent les personnes transgenres et intersexes dans le système actuel en Europe : P. DUNNE et M. VAN DEN BRINK, *Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis*, op. cit., p. 77 et suiv.

²⁰⁰ Voy. en ce sens J. JACQMAIN et N. WUIAME, "Gender based actuarial factors and EU gender equality law '...there's the respect / that makes calamity of so long life'*", *European Equality Law Review*, 2015/1, p. 14-24.

²⁰¹ Art. III.1-45, al. 1 (« Il est prévu des vestiaires, des douches et des toilettes séparés pour les hommes et pour les femmes (...) »), Art. III.1-56, al. 2 et Art. III.1-57 du Code du bien-être au travail, qui constitue la transposition, en droit belge, de la Directive européenne 89/654/CEE du 30 novembre 1989 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail (art. 18.3) qui fait référence à des « cabinets d'aisance » séparés pour les hommes et les femmes ou à une utilisation séparée de ces cabinets d'aisance.



négligeables, mais il n'est en rien déterminant ici que le sexe/genre des personnes soit enregistré à l'état civil. Des pistes de solution résident probablement plutôt dans la mise en œuvre de la logique de l'aménagement raisonnable²⁰². Ainsi, l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes recommandait, dans son guide pour l'accompagnement des personnes trans* au travail, « l'installation de toilettes non-sexo-spécifiques ou d'horaires établis pour l'utilisation des vestiaires » comme pistes de solution à envisager en fonction de la situation et du contexte²⁰³.

* *
*

Conclusion

Ce rapport vise à mettre l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 dans un contexte plus large afin d'évaluer les solutions qu'il envisage pour combler la lacune dénoncée dans la loi transgenre du 25 juin 2017, à savoir ne pas avoir pris en compte la situation des personnes non binaires ou fluides. Pour la Cour constitutionnelle, rappelons-le, « [i]l y a (...) pour remédier à cette inconstitutionnalité, *plusieurs possibilités*, parmi lesquelles *la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires* permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également *la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil* d'une personne » (para. B.7.3, notre accent).

C'est un triple éclairage que nous nous sommes efforcées de développer pour mener cette évaluation à bien, au travers d'une perspective de droit comparé, d'une évaluation des exigences des droits fondamentaux et d'une analyse du contexte juridique belge.

Nous avons également élargi le propos aux personnes intersexes qui sont les grandes oubliées de la réforme de 2017 et par rapport auxquelles les contentieux se multiplient dans une série d'États, pour que soit établi un cadre juridique conforme au respect de leurs droits fondamentaux.

²⁰² Sur cette logique, voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Introduction -Au-delà de 'Dr Jekyll et Mr Hyde' », in E. BRIBOSIA & I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse. Regards croisés Canada, Europe, Belgique*, P.I.E. Peter Lang, 2015.

²⁰³ I.E.F.H., *Guide pour l'accompagnement des personnes trans* au travail*, 2016, p. 12, en ligne : https://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/guide_daccompagnement_pour_les_personnes_trans_au_travail



Au terme de cette étude, six enseignements nous paraissent particulièrement importants à souligner ici.

Premièrement, il importe de ne pas négliger l'origine de l'enregistrement du sexe dans l'état civil. Dans le Code Napoléon de 1804 dont la Belgique a hérité, il s'agit d'un élément d'identification des personnes bien sûr, mais il s'agit aussi et surtout de mettre en œuvre un ordre civil fondé sur le patriarcat et une inégalité fondamentale des droits reconnus aux hommes et aux femmes. Rappelons que ce n'est qu'en 1976 que la loi a consacré l'égalité totale des époux et a permis à la femme mariée d'ouvrir un compte en banque sans l'autorisation du conjoint. L'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle s'inscrit dans une histoire où la « différence des sexes », comme catégorisation des individus, a été construite, afin notamment de valider une organisation sociale marquée par les rôles de genre.

Deuxièmement, la création d'une seule catégorie supplémentaire aux côtés du « M » et du « F » à l'état civil est peu conciliable avec le respect des droits fondamentaux. Cette option a des effets délétères sur la situation des enfants intersexes (voy. notamment le cas de l'Allemagne). La dimension « fourre-tout » de cette catégorie n'est pas apte à mettre en œuvre le droit à l'autodétermination. Elle est source de stigmatisation et de discrimination.

Troisièmement, la création de plusieurs catégories supplémentaires à l'état civil, soutenue par de nombreux organismes régionaux et internationaux de droits fondamentaux, suppose nécessairement que ces catégories soient ouvertes à l'ensemble des citoyens et que l'une de ces catégories laisse l'indication du genre au libre choix de la personne concernée (voy. le cas de la Tasmanie).

Quatrièmement, la suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil est l'option qui respecte le mieux le droit à l'autodétermination. Elle n'est présente aujourd'hui qu'en Tasmanie. Son caractère exceptionnel n'est pas sans lien avec le fait qu'elle entre en tension avec la mise en œuvre de politiques de genre toujours essentielles aujourd'hui. Du reste, elle n'est pas sans incidence sur d'autres branches du droit. Sa mise en œuvre ne peut se faire dans la précipitation. Elle nécessiterait une analyse d'impact globale sur les différents champs juridiques.

Cinquièmement, si l'option de la suppression de l'enregistrement du sexe/genre pose des défis sociétaux importants, il convient d'interroger les objectifs actuels de cet enregistrement dans l'état civil et de déterminer si c'est bien le lieu pour cet enregistrement à l'heure où les données biométriques sont en plein essor pour l'identification des personnes. Une triple démarche doit être effectuée ici : d'abord, réinterroger le(s) but(s) poursuivi(s) par la récolte des données de sexe/genre comme un élément consubstantiel à l'identité des personnes ; ensuite, s'assurer que les modalités d'enregistrement respectent l'identité des personnes en prévoyant des catégories de genre appropriées, au-delà des catégories binaires traditionnelles ; enfin, évaluer la légitimité



de-s but-s poursuivi-s ainsi que la nécessité et la proportionnalité de l'indication de l'identité de genre sur les différents documents d'identité (voy. le cas des Pays-Bas).

Sixièmement, en toute hypothèse, les données personnelles de sexe/genre doivent cesser d'être traitées comme si elles n'étaient pas des données à caractère personnel. Tout d'abord, il est impératif que le principe de minimisation, imposé par le R.G.P.D., soit pris au sérieux pour la collecte des données de genre. Par ailleurs, l'invisibilisation de ces données est une option alternative à la suppression de l'enregistrement du sexe/genre qui permet de garder des statistiques de genre. Cette démarche d'invisibilisation implique que les autorités publiques reviennent sur des pratiques dont la mise en contexte historique permet de relativiser le caractère nécessaire (voy. le cas des Pays-Bas). Concernant la carte d'identité en Belgique, il s'agit, à tout le moins, de ne plus rendre visible le sexe/genre d'une personne, en gardant, le cas échéant, cette information sur la puce électronique avec un accès réservé aux autorités habilitées, voire à supprimer cette information qui n'a pas figuré sur nos documents d'identité pendant de longues années. Ceci pose immanquablement la question du caractère genré du numéro de registre national qui, du reste, a été dénoncé dans les termes les plus explicites par la Commission de la Protection de la Vie privée (devenue l'Autorité de la Protection des Données).

Quelle que soit l'option choisie par le législateur, les résultats de [l'Eurobaromètre sur l'acceptation sociale des personnes LGBTI](#) publié en octobre 2019 montre toute l'importance de sensibiliser la population sur les multiples formes de transidentités et de variations des caractéristiques sexuelles. Il s'agit aussi d'une opportunité de réaliser l'égalité entre tous les sexes et tous les genres, comme l'a magistralement montré le professeur Thierry Hocquet dans son essai, *Sexus nullus ou l'égalité*²⁰⁴.

²⁰⁴ T. HOQUET, *Sexus nullus, ou l'égalité*, Donnamarie-Dontilly, Edition iXe, 2015.



Bruxelles, 23 décembre 2019

Emmanuelle Bribosia, professeure à la Faculté de Droit et de Criminologie de l'ULB, vice-présidente de l'Institut d'Etudes européennes (ULB) et co-directrice de l'Equality Law Clinic

Isabelle Rorive, professeure à la Faculté de Droit et de Criminologie de l'ULB, présidente du Centre Perelman de philosophie du droit et co-directrice de l'Equality Law Clinic

Hania Ouhnaoui, coordinatrice de l'Equality Law Clinic de l'ULB