

Faculté de droit et de criminologie

**Penser les actions positives fondées sur
une approche binaire du sexe/genre suite à
l'arrêt du 19 juin 2019 de la Cour
constitutionnelle**

Comment concilier la reconnaissance du genre non binaire en droit belge avec les actions positives visant à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes ?

Autrice : Alizée Dandelot

Promotrice : Pascale Vielle

Année académique 2022-2023

Master en droit - Finalité Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* À ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je voudrais remercier chaleureusement :

ma promotrice, la Professeure Pascale Vielle, pour ses conseils avisés dans la structuration de mon travail,

mes parents pour leur soutien dans la rédaction de ce mémoire et tout au long de mon parcours universitaire,

mes ami-es et les kots-à-projets pour tout ce qu'elles et ils m'ont apporté durant ces cinq années,

Alicia pour son amitié depuis le premier jour d'université, sa relecture, et ses précieuses remarques.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LE GENRE NON BINAIRE	2
CHAPITRE 1. APPROCHE TERMINOLOGIQUE	3
CHAPITRE 2. APPROCHE SOCIOLOGIQUE	4
CHAPITRE 3. LES APPROCHES FÉMINISTES.....	7
<i>Section 1. À propos de la transidentité</i>	<i>7</i>
<i>Section 2. À propos du genre non binaire.....</i>	<i>9</i>
CHAPITRE 4. QUAND LE GENRE NON BINAIRE QUESTIONNE LE DROIT	11
<i>Section 1. La controverse à propos de la reconnaissance juridique du genre non binaire.....</i>	<i>12</i>
<i>Section 2. Le dilemme de la différence de Martha Minow.....</i>	<i>15</i>
<i>Section 3. Les actions positives.....</i>	<i>18</i>
Sous-section 1. Les contours de la notion	18
Sous-section 2. Les théories féministes.....	20
§1. Le féminisme de la symétrie et le féminisme de la différence.....	20
§2. Le féminisme post-moderne.....	23
Sous-section 3. Les points de tension entre la reconnaissance juridique du genre non binaire et les actions positives fondées sur la catégorisation binaire du genre	23
PARTIE II. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU GENRE NON BINAIRE.....	25
CHAPITRE 1. LE DROIT INTERNATIONAL.....	25
CHAPITRE 2. LE DROIT DU CONSEIL DE L'EUROPE	27
CHAPITRE 3. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.....	31
CHAPITRE 4. LE DROIT BELGE	31
<i>Section 1. L'enregistrement du sexe à l'état civil, le numéro de registre national genré et la mention du sexe sur la carte d'identité.....</i>	<i>32</i>
<i>Section 2. L'arrêt du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle et les différentes solutions présentées au législateur belge.....</i>	<i>33</i>
Sous-section 1. L'arrêt n°99/2019 du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle	34
Sous-section 2. Les différentes solutions présentées par la Cour constitutionnelle au législateur belge	35
§1. La création d'une ou plusieurs catégories de sexe/genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité	35
A. La création d'une troisième catégorie supplémentaire	35
B. La création de plusieurs catégories supplémentaires	36
§2. La suppression de la mention du sexe et/ou du genre dans l'état civil	38
PARTIE III. LES ACTIONS POSITIVES FONDÉES SUR UNE APPROCHE BINAIRE DE LA CATÉGORISATION DE SEXE/GENRE.....	39
CHAPITRE 1. LE DROIT INTERNATIONAL.....	39
CHAPITRE 2. LE DROIT DU CONSEIL DE L'EUROPE	41
CHAPITRE 3. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE.....	41

CHAPITRE 4. LE DROIT BELGE	43
<i>Section 1. La législation en vigueur</i>	44
Sous-section 1. La Constitution belge	44
Sous-section 2. La loi “genre” du 10 mai 2007 et l'arrêté royal du 11 février 2019	45
<i>Section 2. Les mesures d'action positive en Belgique au regard de la Convention CEDAW</i>	46
<i>Section 3. Les mesures d'action positive en Belgique au regard de la reconnaissance juridique du genre non binaire</i>	47
PARTIE IV. L'ARTICULATION DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU GENRE NON BINAIRE ET DES ACTIONS POSITIVES VISANT À GARANTIR L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES : DIFFÉRENTES PISTES DE CONCILIATION	49
CHAPITRE 1. LA POSSIBILITÉ DE COLLECTER DES STATISTIQUES DE GENRE ET DES DONNÉES SEXO-SPÉCIFIQUES MALGRÉ LA SUPPRESSION DE L'ENREGISTREMENT DU SEXE/GENRE.....	50
CHAPITRE 2. L'IDENTIFICATION DES BÉNÉFICIAIRES D' ACTIONS POSITIVES, INDÉPENDAMMENT D'UN ENREGISTREMENT DU SEXE/GENRE À L'ÉTAT CIVIL	52
CHAPITRE 3. LA FLEXIBILISATION DE L'ENREGISTREMENT DU SEXE/GENRE.....	54
CHAPITRE 4. LA CRÉATION D' ACTIONS POSITIVES POUR LES MINORITÉS DE GENRE	56
CONCLUSION	58
BIBLIOGRAPHIE	62
ANNEXES	77
ANNEXE 1	77
ANNEXE 2	79
ANNEXE 3	81
ANNEXE 4	83

INTRODUCTION

D'après une enquête menée par l'*EU Agency for Fundamental Rights (FRA)*, "plus de 50% des personnes transgenres interrogées s'identifiaient en dehors du schéma binaire" en 2022¹. Cette même année, les identités de genre non binaires n'étaient, toutefois, reconnues que par trois pays européens². Or, beaucoup de personnes transgenres considèrent que la reconnaissance juridique de leur genre est essentielle "pour participer pleinement à la société et vivre dans la dignité, à l'abri de toute discrimination"³.

Pourtant "pionnière sur le plan des droits des personnes LGBTQIA+⁴ "5, la Belgique n'offre pour le moment aucune reconnaissance juridique aux personnes dont le genre échappe aux catégories binaires "homme" et "femme". Une réforme est cependant en cours de réflexion suite à l'arrêt "historique"⁶ de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019⁷, lequel exige la prise en compte des personnes de genre fluide et des identités de genre non binaires⁸. Alors que la première étape de modifications législatives concernant le genre fluide a déjà fait l'objet d'un projet de loi⁹ adopté par la Chambre le 6 juillet 2023¹⁰, la situation des personnes non binaires sera réglée dans une seconde étape, actuellement en cours d'élaboration. C'est précisément dans le cadre des réflexions précédant cette seconde phase de réforme que s'inscrit notre travail.

La reconnaissance du genre non binaire suscite, en effet, une série d'interrogations et de controverses, parmi lesquelles le devenir des actions positives se fondant sur une catégorisation

¹ Traduction libre de ILGA-EUROPE, *Right now, just three European countries recognize non-binary identities, but others are pushing forward*, 14 juillet 2022, <https://ilga-europe.org/blog/right-now-just-three-european-countries-recognise-non-binary-identities-but-others-are-pushing-forward/> (date de dernière consultation: 3 août 2023).

² *Ibid.* Il s'agit de l'Islande, l'Allemagne et Malte.

³ Rapport sur la proposition de résolution de l'A.P.C.E. "La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe", fait au nom de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination (Rapp. D. SCHEMBRI), Doc. 13742, du 2 avril 2015, p. 15.

⁴ Lesbiennes ; Gays ; Bisexuel·les ; Trans ; Queer ; Intersexes ; Androgynes, asexuel·les, agenres, ou aromantiques et l'ensemble de celles et ceux qui ne se reconnaissent pas dans ces sigles. CENTRE CULTUREL DE DISON, *LGBTQIA+, parler aux pluriel·les*, <https://www.ccdison.be/site/index.php/pre/119-lgbtqia> (date de dernière consultation: 10 août 2023) ; MAISON ARC-EN-CIEL DE LIÈGE, *Qui sommes-nous?*, <https://www.macliege.be/> (date de dernière consultation: 10 août 2023).

⁵ Note de politique générale, "Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité", 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n°55-2294/015, p. 41.

⁶ G. WILLEMS, "Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination", in *Individu, Famille et État: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine* (sous la dir. de N. DANDOY et al.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 304.

⁷ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

⁸ G. WILLEMS, "Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination", *op. cit.*, p. 304.

⁹ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/001.

¹⁰ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *C.R.I.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, séance du 6 juillet 2023, pp. 72-73.

binaire du sexe/genre¹¹. Suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle sommant le législateur de remédier à la discrimination constatée, comment concilier la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les actions positives visant à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes?

C'est à cette question que le présent travail tente de répondre en proposant quatre pistes de conciliation ; 1° la possibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexo-spécifiques malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre ; 2° l'identification des bénéficiaires d'actions positives, indépendamment d'un enregistrement du sexe/genre à l'état civil ; 3° la flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre ; 4° la création d'actions positives pour les minorités de genre. Nous verrons donc que si le droit belge venait à être réformé de sorte à reconnaître le genre non binaire, l'existence des actions positives ne serait pas pour autant compromise. Ces quatre pistes (combinables) permettent, en effet, de conserver la possibilité d'avoir recours aux mesures d'action positive fondées sur le genre, dans un système juridique reconnaissant les personnes dont le genre échappe aux catégories binaires actuelles du droit (voy. *infra*, partie IV).

Pour ce faire, nous commencerons par définir le genre non binaire et le circonscrire tant sur un plan terminologique que sociologique, avant d'identifier les différentes positions que les féministes et la doctrine juridique adoptent à son égard (partie I). Ensuite, d'une part, la reconnaissance du genre non binaire (partie II) et d'autre part, les actions positives (partie III), seront étudiées au prisme des droits international, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et du droit belge. Enfin, nos quatre hypothèses tentant de concilier ces deux problématiques en droit belge seront vérifiées au travers de six approches¹² (partie IV) : les différentes positions adoptées parmi la doctrine ; les théories féministes ; le dilemme de la différence de Martha Minow ; le droit international ; le droit du Conseil de l'Europe ; et le droit de l'Union européenne.

PARTIE I. Le genre non binaire

Afin d'éviter toute confusion, nous procéderons d'abord à la définition des différentes notions qui seront mobilisées dans le cadre de ce travail (chapitre 1). Il conviendra ensuite d'ancrer le genre non binaire dans un contexte sociologique (chapitre 2), mais également de le

¹¹ En Belgique, il est possible de changer son sexe à l'état civil afin de le faire correspondre à son identité de genre intimement vécue. Après une telle modification il s'agirait donc du genre et non du sexe de la personne concernée. Certaines actions positives bénéficieraient alors aux personnes dont la mention "F" (femme) est indiquée à l'état civil, que cette mention se réfère à leur genre ou à leur sexe.

¹² Cette analyse se trouve résumée aux annexes 1, 2, 3 et 4.

situer au niveau des théories féministes (chapitre 3). Nous verrons enfin que la reconnaissance de cette identité de genre, échappant aux catégories binaires traditionnellement prévues en droit, suscite de nombreuses interrogations parmi la doctrine juridique (chapitre 4).

CHAPITRE 1. Approche terminologique

Au vu de l'importance des termes utilisés pour les personnes concernées, ceux-ci ont été choisis en se fondant sur le lexique de l'ASBL Genres pluriels œuvrant à l'amélioration des droits des personnes transgenres/aux genres fluides et intersexes.

Tout d'abord, bien que souvent confondus¹³, le sexe et le genre doivent être distingués¹⁴. Le sexe renvoie aux “caractéristiques biologiques permettant de ‘ranger’ les humains dans les cases ‘mâle’, ‘femelle’ ou ‘intersexué·e’”, tandis que le genre est un “construit socioculturel et non pas une donnée naturelle”¹⁵. Le genre est encore défini par l'article 3, c, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) comme désignant “les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes”¹⁶.

Dans cette perspective, les personnes non binaires refusent “les rôles associés à l'un ou l'autre genre binaire”¹⁷, en ne s'identifiant ni hommes, ni femmes, mais entre les deux, un mélange des deux ou aucun des deux¹⁸. Il existe, en réalité, une diversité d'identités de genre non binaires¹⁹ (voy. *infra*, chapitre 2, cette partie).

La notion de “transgenre” est un “terme parapluie”²⁰ désignant une personne “dont l'identité de genre et/ou l'expression de genre diffère de celle habituellement associée au genre

¹³ S. WATTIER, “Le genre et le sexe des sénateurs depuis la Sixième Réforme de l'État”, *C.D.P.K.*, n°3, 2017, p. 391.

¹⁴ *Ibid.*, p. 391.

¹⁵ GENRES PLURIELS, *Lexique*, 26 mars 2019, https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/fr - 20190326_lexique.pdf (date de dernière consultation: 12 octobre 2022).

¹⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, approuvée par la loi du 1er mars 2016, *M.B.*, 9 juin 2016, art. 3, c.

¹⁷ GENRES PLURIELS, *Glossaire*, 21 novembre 2008, <https://www.genrespluriels.be/Glossaire#LettreN> (date de dernière consultation: 12 octobre 2022).

¹⁸ C. RICHARDS, W. P. BOUMAN, L. SEAL, M. J. BARKER, T. O. NIEDER et G. T'SJOEN, “Non-binary or genderqueer genders”, *International Review of Psychiatry*, vol. 28. 1, 2016, p. 95.

¹⁹ J. A. CLARKE, “They, Them and Theirs”, *Harv. L. Rev.*, 2018, p. 905 ; ILGA-EUROPE, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, septembre 2018, <https://ilga-europe.org/files/uploads/2022/04/non-binary-gender-registration-models-europe.pdf> (date de dernière consultation: 16 juin 2023), p. 4.

²⁰ Traduction libre de J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

qui lui a été assigné à la naissance”²¹. Par opposition, le mot "cisgenre" renvoie aux personnes dont l'identité de genre "est relativement en adéquation avec le rôle social attendu en fonction du genre assigné à la naissance”²².

Le genre non binaire est souvent considéré comme se trouvant parmi la pluralité d'identités de genre incluses sous le “terme coupole”²³ "transgenre", cependant “toutes les personnes non binaires ne s'identifient pas comme personnes transgenres, et beaucoup de personnes transgenres s'identifient en tant qu'hommes ou femmes”²⁴.

On qualifie d'intersexuées les personnes “chez qui coexistent des caractères sexuels mâles et femelles”²⁵. Or, l'identité non binaire est à distinguer de l'intersexuation²⁶. En effet, bien que certaines personnes non binaires soient nées avec des caractéristiques sexuelles ne correspondant pas “aux normes typiques binaires masculines ou féminines”²⁷, cela n'est pas toujours le cas²⁸. De plus, de nombreuses personnes intersexuées ont une identité de genre masculine ou féminine²⁹.

CHAPITRE 2. Approche sociologique

Les personnes non binaires estiment que le genre “est un spectrum qui ne peut se réduire à une norme binaire”³⁰. D'après une étude menée au Royaume-Uni, elles utilisent de nombreux termes différents pour désigner leur identité de genre non binaire³¹, les plus courants étant non binaire (63%), genderqueer (43%), trans/transgenre (37%), genderfluid (31%) et agenre (28%)³². Cela témoigne de la variété du phénomène ; le genre non binaire recouvre ainsi une diversité d'identités de genre³³. Par conséquent, le présent travail mobilisera l'expression “non

²¹ GENRES PLURIELS, *Glossaire*, *op. cit.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Traduction libre de J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

²⁵ GENRES PLURIELS, *Glossaire*, *op. cit.*

²⁶ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

²⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, *Que signifie être intersexe ou intersexué(e) ?*, <https://www.amnesty.fr/focus/le-i-de-lgbti> (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

²⁸ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

²⁹ *Ibid.*, p. 898.

³⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, "Rapport au sujet de l'arrêt n°099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé", https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/rapport_elc_-_cc_099-2019_-_fr.pdf (date de dernière consultation: 16 juin 2023), p. 3.

³¹ ILGA-EUROPE, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, *op. cit.*, p. 4.

³² *Ibid.*, p. 4.

³³ *Ibid.*, p. 4 ; J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 905.

binaire” en tant que termes coupoles regroupant toutes les identités de genre qui diffèrent des notions de femmes et d’hommes d’une manière ou d’une autre³⁴.

Au cours de la dernière décennie, de nombreux développements liés à la protection des droits humains ont pris place dans le domaine de l’enregistrement du genre³⁵. En effet, plusieurs pays ont procédé à la reconnaissance d’identités de genre non binaires et à une mise en question du genre en tant que catégorie légale enregistrée à l’état civil et définissant la personnalité juridique de quelqu’un³⁶.

Cependant, les identités de genre non binaires ne sont pas nouvelles³⁷. Il est affirmé que “depuis l’Antiquité et dans toutes les sociétés, certains individus ont mis à l’épreuve les frontières du sexe et du genre”³⁸. Durant des siècles, bien que leur existence fût connue, celle-ci a généralement été écartée des rapports de certaines sociétés non occidentales, tandis que dans la tradition d’Europe occidentale ces personnes transcendant les catégories de l’homme et de la femme ont été marginalisées, stigmatisées et persécutées³⁹.

Plus particulièrement, la non-binarité est historiquement et culturellement présente dans différents pays du sous-continent indien “où les ‘hijras’ sont, par exemple, perçues comme n’étant ni des hommes ni des femmes”⁴⁰. En effet, ces personnes dont le genre échappe aux catégories binaires du masculin et du féminin sont plus courantes dans la condition humaine qu’on ne le pensait autrefois⁴¹.

Aujourd’hui, G. Willems constate une tendance qu’ont les sociétés occidentales postmodernes du début du vingt-et-unième siècle “à renoncer à la formulation d’un horizon commun” et aux “solutions automatiques, mécaniques et indiscutables” autrefois imposés par la “loi surplombante, d’ordre public ou impérative”. Dorénavant, chacun est invité “à s’auto-instituer sur base d’un répertoire de valeurs qu’il se donne à lui-même”⁴². Dans cet élan marqué par l’autodétermination, grandit une attention internationale à propos des droits des personnes

³⁴ *Ibid.*, p. 3.

³⁵ *Ibid.*, p. 2.

³⁶ *Ibid.*, p. 2.

³⁷ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

³⁸ G. WILLEMS, *Individu, famille et État*, Syllabus de cours de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2021-2022, p. 65.

³⁹ Traduction libre de G. HERDT, *Third sex, third gender: Beyond sexual dimorphism in culture and history*, Princeton University Press, 2020, pp. 11 et 21.

⁴⁰ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?”, obs. sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *Rev. trim. dr. h.*, 2020, n°124, pp. 912-913.

⁴¹ Traduction libre de G. HERDT, *op. cit.*, p. 21.

⁴² G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 270.

trans^{*43}, “incarnée notamment dans les Principes de Jogjakarta formulés en 2007 et complétés en 2017”⁴⁴.

En Belgique, le droit a également évolué depuis l’adoption de la première loi belge sur la transsexualité en 2007⁴⁵. Suite aux critiques qui lui ont été adressées concernant ses conditions médicales de réassignation et de stérilité considérées contraires aux droits fondamentaux des personnes transgenres⁴⁶, une réforme a été adoptée en 2017 avec la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres⁴⁷. Par cette loi, la Belgique s’est non seulement conformée à ses obligations internationales⁴⁸ mais a également changé de paradigme en laissant tomber la notion de “transsexualité” (renvoyant au “sexe”) pour dorénavant utiliser “personnes transgenres” (renvoyant au “genre”)⁴⁹. Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, la chirurgie, la stérilisation irréversible et le jugement d’un ou d’une psychiatre ne sont plus nécessaires pour modifier le M ou le F dans l’acte de naissance⁵⁰.

Cette nouvelle législation a eu une grande incidence sur le nombre de changements de la mention officielle du sexe. En effet, alors qu’ils et elles étaient 110 Belges à faire adapter la mention officielle de leur sexe en 2017, la Belgique a connu un pic considérable en 2018 avec 741 changements enregistrés⁵¹. Ce nombre semble depuis lors se stabiliser à un niveau significativement plus élevé qu’avant l’entrée en vigueur de la réforme⁵², comptant 530

⁴³ Terme générique qui inclut les personnes dont l’identité de genre et/ou l’expression de genre ne correspond(ent) pas à l’identité de genre assignée à la naissance. GENRES PLURIELS, *Glossaire*, *op. cit.*

⁴⁴ G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 302 ; 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>.

⁴⁵ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.

⁴⁶ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, p. 898.

⁴⁷ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d’une modification de l’enregistrement du sexe dans les actes de l’état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023).

⁴⁹ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, p. 899.

⁵⁰ INSTITUT POUR L’ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *Personnes transgenres ayant fait une demande de changement de la mention officielle de leur sexe en Belgique*, 2022, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/chiffres_personnes_transgenres_registre_national.pdf (date de dernière consultation: 16 juin 2023), p. 1.

⁵¹ *Ibid.*, p. 4.

⁵² *Ibid.*, p. 1.

changements enregistrés en 2021⁵³. L'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes estime par ailleurs que “la Belgique compte environ 55.000 personnes transgenres”⁵⁴.

Un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle a cependant été introduit par trois associations représentatives des personnes transgenres à l'encontre de la loi du 25 juin 2017. En effet, malgré avoir fait un pas vers le droit à l'autodétermination des personnes transgenres, le législateur n'a toutefois pas offert de solution aux personnes non binaires dont le genre échappe aux catégories “homme” ou “femme”⁵⁵. Le 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle a finalement rendu un arrêt “particulièrement remarqué”⁵⁶ annulant partiellement la loi du 25 juin 2017. Par cet arrêt, le juge constitutionnel a jugé discriminatoire la différence de traitement entre d'une part, les personnes transgenres dont le genre est binaire et pouvant voir leur identité reconnue par le droit et d'autre part, les personnes dont le genre échappe aux catégories masculine et féminine et ne bénéficiant pas d'une telle reconnaissance juridique⁵⁷.

CHAPITRE 3. Les approches féministes

La façon dont le genre non binaire est envisagé par les féministes varie selon les diverses théories que regroupe ce mouvement⁵⁸. Il semble donc pertinent de faire un tour d'horizon de ces différentes approches, tant à propos de la transidentité (section 1), que du genre non binaire plus particulièrement (section 2).

Section 1. À propos de la transidentité

Les points de vue féministes ont davantage été documentés s'agissant de la question plus large des personnes transgenres. La relation entre le féminisme et la transidentité a, en effet, connu une histoire complexe, opposant différents courants⁵⁹.

⁵³ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁴ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *530 Personnes ont adapté officiellement leur identité de genre en 2021*, 16 mai 2022, https://igvm-iefh.belgium.be/fr/actualite/530_personnes_ont_adapte_officiellement_leur_identite_de_genre_en_2021 (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

⁵⁵ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, p. 900.

⁵⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁷ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, pp. 901 et 905.

⁵⁸ M.-C. BELLEAU, “Les théories féministes: droit et différence sexuelle”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, n°1, p. 1.

⁵⁹ S. HINES, “The feminist frontier: on trans and feminism”, *Journal of Gender Studies*, 2019, vol. 28, n°2, p. 146.

D'une part, selon certaines positions radicales, telles que celle adoptée par Janice Raymond⁶⁰, il n'est pas possible de *devenir* une femme, étant donné que les caractéristiques femelles sont déterminées à la naissance et que le genre est une expression du sexe biologique⁶¹. Les partisans de cette perspective excluent donc les personnes transgenres du féminisme⁶², estimant que celles-ci renforcent en réalité la binarité de genre et qu'elles sont "complices du patriarcat"⁶³. Bien que ce mouvement féministe anti-transgenre (appelé "TERF" ou *Trans-Exclusionary Radical Feminism*), existe toujours aujourd'hui⁶⁴, d'autres autrices ont néanmoins "préféré considérer les normes de genre comme non fixes et les questionner"⁶⁵.

En effet, d'autre part, des féministes constructionnistes postmodernes telles que Judith Butler envisagent plutôt le genre et le sexe comme des constructions sociales et performatives⁶⁶. D'après Butler, ni le sexe, ni le genre ne sont des concepts prédiscursifs figés chez chaque individu⁶⁷. Ces notions ne doivent donc pas nécessairement être considérées comme des catégories innées, binaires et mutuellement dépendantes⁶⁸.

Un élément clé de la théorie de Butler est la définition du genre comme étant une construction performative, c'est-à-dire comme "quelque chose que les corps (ayant appris à se reconnaître comme sexués) reproduisent et donc produisent sans cesse" "en rendant déterminées ou concrètes des manières prédéfinies ou socialement construites d'être féminin ou d'être masculin dans le [moment] présent"⁶⁹. Dans cette perspective, ce sont les "différents actes de genre qui créent l'idée de genre, et sans ces actes, il n'y aurait pas de genre du tout"⁷⁰. Plus simplement, le genre "ne désigne pas ce que chacun est, mais ce que chacun fait"⁷¹.

⁶⁰ J. RAYMOND, *The transsexual empire*, Beacon Press, 1979.

⁶¹ S. HINES, *op. cit.*, p. 146.

⁶² *Ibid.*, p. 148.

⁶³ G. ALBESSARD, "'De l'état civil à la norme de genre' ou 'De la norme de genre à l'état civil'? Réflexions politologiques sur le projet de loi français sur le changement de sexe", *R.F.D.L.*, 2016/3, p. 620.

⁶⁴ 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, Université de Gand, 2019, p. 510.

⁶⁵ G. ALBESSARD, *op. cit.*, p. 620.

⁶⁶ Traduction libre de 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.*, pp. 50 et 510.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁹ Traduction libre de P. CANNOOT et M. DECOSTER, "The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis", *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, p. 44.

⁷⁰ Traduction libre de BUTLER, J., "Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory", *Theatre journal*, vol. 40, n°4, p. 522.

⁷¹ N. COTTON, "Du performatif à la performance: la "performativité" dans tous ses états", *Sens public*, 2016, p. 11.

Section 2. À propos du genre non binaire

La question du genre non binaire est encore différente de la problématique plus vaste de la transidentité. En effet, alors que les personnes non binaires mettent en cause tout système de ségrégation sexuelle, ce n'est pas forcément le cas de toutes les personnes transgenres, dont certaines cherchent à être reconnues en tant qu'hommes ou femmes⁷². La reconnaissance du genre non binaire se voit donc opposer certains arguments non seulement formulés par des personnes cisgenres mais également par certaines personnes transgenres⁷³.

Une telle mise en cause de la binarité de genre est parfois jugée théorique, utopique voire impossible, et considérée comme une menace pour certains projets féministes et LGBTQIA+⁷⁴. En effet, une façon de reconnaître légalement le genre non binaire nécessiterait de dégenrer le système juridique, notamment en supprimant l'enregistrement obligatoire de l'identité de genre⁷⁵. Or, certaines féministes postulent que dégenrer le droit de la sorte mettrait en danger la lutte contre les inégalités sociales, politiques et économiques basées sur le genre⁷⁶.

D'après les partisans de cette thèse, bien que les catégories sexuelles légales aient été utilisées pour faire respecter des normes patriarcales⁷⁷, elles constituent toutefois un outil précieux afin de remédier aux inégalités persistantes entre les hommes et les femmes⁷⁸. Nous pensons particulièrement aux mesures d'actions positives, lesquelles peuvent être instaurées grâce à l'enregistrement du sexe à l'état civil. Un autre argument avancé par les autrices de cette critique est celui tiré du constat que dégenrer le droit ne va pas effacer la réalité sociétale des discriminations basées sur le genre ; "un système juridique aveugle au genre ne garantit pas une société aveugle au genre"⁷⁹. Dans cette perspective existe la crainte d'obtenir en réalité un système qui n'est pas capable, car moins bien équipé, de remédier aux discriminations fondées sur le genre⁸⁰.

⁷² J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 901.

⁷³ P. DUNNE, et J. MULDER, "Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?", *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n°3, p. 645.

⁷⁴ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 901.

⁷⁵ 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. 509.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 509.

⁷⁷ Traduction libre de P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁷⁸ Traduction libre de 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. 509.

⁷⁹ Traduction libre de P. DUNNE et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 646.

Une autre approche féministe postule cependant en faveur d'une sortie de la binarité de genre. D'après D. Otto, "bien que la crainte féministe de perdre les espaces conçus pour traiter les violations des droits des femmes n'est pas infondée, ces espaces peuvent être mieux protégés en abandonnant la vision du pouvoir genré comme étant toujours dualiste (m/f) et organisé uniquement de manière hiérarchique en faveur des hommes (m>f)"⁸¹. Nous pourrions identifier dans cette approche une volonté de converger les luttes féministe et transgenre.

En effet, la reconnaissance du genre non binaire est considérée comme participant également à l'action féministe puisqu'elle permettrait notamment de remettre en cause la légitimité des injustices subies par les femmes dans nos sociétés dominées par les hommes et de s'attaquer aux stéréotypes qui sont les causes profondes du statut inférieur des femmes dans la société⁸². Dans cette perspective, la visée commune de ces luttes féministe et transgenre consisterait à combattre le cadre patriarcal à travers lequel les femmes mais également les minorités de genre⁸³ ont été opprimées et contrôlées⁸⁴.

Un autre élément tentant de répondre à la critique cisgenre est celui avancé par J. Lorber, selon laquelle "la diminution du genre en tant que principe organisateur des institutions et de la vie quotidienne ne transformerait pas les femmes en hommes, pas plus qu'elle ne transformerait les hommes en femmes. Elle procéderait plutôt à la dégenrison des meilleures - et des pires - qualités des individus"⁸⁵. Pour résumer, la reconnaissance du genre non binaire n'empêcherait ni les femmes, ni les hommes de se sentir féminins ou masculins, tout comme elle ne contraindrait point les femmes à se soumettre au patriarcat⁸⁶.

Dans la même veine, il est affirmé que dégenrer le droit ne signifierait pas la fin des actions positives visant l'égalité des genres⁸⁷. Bien que de telles mesures nécessitent l'identification du sexe ou du genre de ses bénéficiaires, il existe d'autres façons d'y procéder

⁸¹ Traduction libre de D. OTTO, "Queering Gender (Identity) in International Law", *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, vol. 33, n°4, p. 33.

⁸² 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. 513.

⁸³ L'expression "minorités de genre" vise les "individus dont l'identité de genre [...] ou l'expression de genre [...] diffère de leur sexe [...] assigné à la naissance. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Terminology*, 23 décembre 2022, <https://www.cdc.gov/healthyyouth/terminology/sexual-and-gender-identity-terms.htm> (date de dernière consultation: 5 août 2023).

⁸⁴ M. A. GILBERT, "Defeating Bigenderism: Changing Gender Assumptions in the Twenty-First Century", *Hypatia*, 2009, vol. 24, n°3, p. 94.

⁸⁵ J. LORBER, "Using Gender to Undo Gender/ A Feminist Degendering Movement", *Feminist theory*, 2000, p. 90.

⁸⁶ 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., pp. 513-514.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 513-514.

que par “le certificat de naissance ou les documents d’identité”⁸⁸ (voy. *infra*, partie IV, chapitre 2). En outre, plusieurs auteurs ont procédé par analogie en observant que la race, la religion et l’ethnie sont autant d’éléments que le droit peut prendre en compte en matière de lutte contre les discriminations, même s’ils ne sont pas mentionnés à l’état civil⁸⁹.

Entre ces deux points de vue opposés quant à la reconnaissance légale du genre non binaire, et plus précisément à propos de la suppression du sexe juridique, se trouvent des positions plus nuancées. D’autres auteurs postulent en effet qu’au lieu de procéder à une suppression radicale de l’enregistrement du sexe à l’état civil, il convient d’adopter une solution plus proportionnée telle que la prise en compte du sexe juridique uniquement dans les domaines où cela demeure pertinent et, *a contrario*, la mise en question de son usage quand cela ne s’avère pas pertinent⁹⁰. Dans la même veine, à défaut de suppression du sexe juridique, P. Guez propose une suppression de la mention du sexe juridique sur les documents d’identité⁹¹. Enfin, une autre piste permettant la reconnaissance légale du genre non binaire serait la création d’une ou plusieurs nouvelle(s) catégorie(s) d’identité de genre (voy. *infra*, partie IV, chapitre 3).

CHAPITRE 4. Quand le genre non binaire questionne le droit

Deux solutions ont été soufflées au législateur afin de remédier à la discrimination constatée entre les personnes non binaires dont l’identité de genre n’est pas reconnue par le droit et les personnes transgenres dont le genre est binaire et bénéficient ainsi d’une reconnaissance juridique. Sans exclure d’autres possibilités, la Cour constitutionnelle propose, en effet, de créer une ou plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, pour toutes les personnes, du sexe et de l’identité de genre d’une part, ou de supprimer l’enregistrement du sexe ou de l’identité de genre comme élément de l’état civil d’une personne d’autre part⁹².

Cependant, adopter l’une ou l’autre proposition signifierait pour le droit belge de s’engager dans une sortie de la binarité sexuelle - ou binarité de genre depuis qu’a été rendu possible le changement de sexe à l’état civil afin de le faire correspondre à son identité de genre

⁸⁸ P. HUART, *L’impact du sexe défini juridiquement pour les personnes transgenres. Regard croisé sur la question du transgenre en droit belge, anglais et européen*, Mémoire de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018, p. 60.

⁸⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 41 ; P. GUEZ, “Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l’état civil ?”, *Rev. dr. h.*, 2015, n°8, pp. 4 et 5.

⁹⁰ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁹¹ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

⁹² C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, B.7.3.

intimement vécue⁹³. Or, la mise en cause du paradigme de la binarité obligatoire⁹⁴ sur lequel reposait le Code civil de 1804, témoignant de la “domination masculine à laquelle ont été soumises les femmes tout au long de l’histoire”⁹⁵, soulèverait de nombreuses questions légales. Nous pensons notamment au *gender mainstreaming* dont la mise en œuvre nécessite des statistiques genrées⁹⁶, mais également aux mesures d’action positive visant à faire progresser l’égalité entre les femmes et les hommes. C’est particulièrement à propos de ces dernières mesures que se situe notre interrogation s’inscrivant dans la foulée de la décision de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019.

Ce chapitre commencera par faire état de la controverse doctrinale entourant la reconnaissance du genre non binaire en droit et les conséquences que celle-ci entraînerait (section 1). Il conviendra de s’interroger, en outre, sur le concept de différence traditionnellement utilisé en droit, en se fondant sur la théorie de Martha Minow et son dilemme de la différence (section 2). Enfin, seront dressées les contradictions envisagées entre la reconnaissance juridique du genre non binaire et les actions positives, ainsi que leurs résolutions hypothétiques (section 3).

Section 1. La controverse à propos de la reconnaissance juridique du genre non binaire

Traversée de courants opposés, nous tenterons de résumer ici la controverse concernant les questions soulevées par une potentielle reconnaissance du genre non binaire en droit.

Alors que certains voient dans la décision de la Cour constitutionnelle “la consécration des droits humains des personnes transgenres”, elle constitue pour d’autres “une déconstruction si radicale du ‘réel’ par la Loi” qu’elle leur est “incompréhensible, dès lors que le sexe de l’être humain ne relève pas et ne peut pas relever de son ‘autodétermination’”⁹⁷.

Cette dernière position est notamment soutenue par J.-L. Renchon, lequel estime que “la différence des sexes est constitutive de la condition humaine et que sa négation relève du

⁹³ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, p. 899.

⁹⁴ D. BORRILLO, *La mention du sexe à l’état civil: De l’indisponibilité de l’état des personnes à l’autodétermination*, 2017, <https://hal.science/hal-01597545/> (date de dernière consultation: 16 juin 2023), p. 3.

⁹⁵ G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 306.

⁹⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁷ J.-L. RENCHON, “Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle”, *R.T.D.F.*, 2019/4, p. 745.

fantasme de toute puissance ou du déni du Réel”⁹⁸. Il s’est par ailleurs explicitement opposé à la proposition de la Cour constitutionnelle consistant à supprimer l’enregistrement civil du sexe ou du genre, à cause de la complexité que sa mise en œuvre impliquerait. D’après J.-L. Renchon, on ne peut évidemment pas “supprimer rétroactivement la mention du sexe des individus déjà nés” et/ou rappeler “toutes les cartes d’identité et documents administratifs”⁹⁹ “déjà délivrés qui font expressément mention du sexe de la personne”¹⁰⁰.

Il considère, en outre, que serait ainsi introduite une différence de traitement injustifiée entre d’une part, “la grande majorité de celles et ceux dont l’identité sexuée est binaire” et qui “ne pourraient plus obtenir l’enregistrement de leur sexe dans leur acte de naissance en conformité avec leur identité de genre” et d’autre part, une petite minorité de personnes dont l’identité de genre serait non binaire” et qui “bénéficieraient d’une identité juridique qui, conformément à leur identité de genre, ne ferait pas état de leur sexe féminin ou masculin”¹⁰¹.

Enfin, reste l’inquiétude exprimée par ce courant de pensée à propos de l’avenir des dispositions juridiques nécessitant d’identifier “l’appartenance d’une personne au sexe féminin ou au sexe masculin” ; qu’en serait-il des dispositions relatives à la filiation, de celles réservant “aux femmes certaines protections spécifiques” ou encore des mesures tendant à “équilibrer la place respective des femmes et des hommes dans la société”¹⁰²?

Au contraire, M. Wittig estime que “la catégorie de sexe est une catégorie totalitaire et que nous devons détruire les sexes en tant que réalité sociologique si nous voulons commencer à exister”¹⁰³. P. Cannoot et M. Decoster écrivent, en outre, que l’enregistrement obligatoire du sexe ou du genre “non seulement légalise, légitime et impose à ses sujets le système culturel hétérosexuel du genre (c’est-à-dire la croyance oppressive et fausse en la naturalité, la stabilité et la binarité du sexe/genre)”, mais une telle norme certifie également et “se rend complice de la violence genrée découlant d’un tel système, ce qui affecte consciemment ou inconsciemment tous les corps”¹⁰⁴. Ils ajoutent que l’enregistrement du sexe/genre constitue une ingérence dans le droit à l’autonomie de genre en tant que norme émergente des droits de l’homme et qu’il ne

⁹⁸ G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 308 ; *Ibid.*, p. 750.

⁹⁹ G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 305.

¹⁰⁰ J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 739.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 740.

¹⁰² *Ibid.*, p. 740.

¹⁰³ Citée par G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 308.

¹⁰⁴ Traduction libre de P. CANNOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 46.

passerait pas le test de proportionnalité traditionnellement opéré par les institutions de droits humains¹⁰⁵. Enfin, selon P. Cannoot, “ce n’est qu’en abolissant le genre juridique que l’on pourra atteindre une véritable liberté (d’identité) de genre et d’expression de genre”¹⁰⁶.

Bien que les auteurs favorables à la suppression du sexe à l’état civil prennent la mesure des changements que cela impliquerait dans notre ordre juridique, ils ne semblent toutefois pas envisager ces défis sociétaux comme insurmontables¹⁰⁷. Différentes solutions ont été proposées afin de conserver les mécanismes juridiques nécessitant l’identification du sexe ou du genre de la personne telles que les mesures d’action positive.

Une autre partie de la doctrine, à défaut de soutenir la suppression radicale du sexe à l’état civil, est plutôt favorable à une forme de “flexibilisation de l’identité sexuelle civile”. En effet, afin de faciliter le quotidien des personnes non binaires, il a notamment été proposé de maintenir la mention du sexe à l’état civil, mais de la supprimer de la carte d’identité et du passeport¹⁰⁸.

Selon P. Dunne et J. Mulder, au lieu d’une pure abolition de l’enregistrement du genre, il serait préférable d’identifier les domaines dans lesquels l’identification du sexe juridique d’une personne demeure pertinente et d’interroger sa prise en compte lorsqu’une telle pertinence n’est pas avérée¹⁰⁹.

Enfin, G. Willems défend l’idée d’une flexibilisation plutôt que d’une abolition du système d’enregistrement civil du sexe¹¹⁰. D’après lui, il conviendrait de “maintenir le principe d’un enregistrement du sexe et/ou du genre” mais en prévoyant certaines modalités, telles que la possibilité pour une personne de s’inscrire dans les registres en tant que “non binaire” et celle de demander à ce que la mention de son sexe soit omise¹¹¹. De cette manière, les conséquences préjudiciables d’un système d’enregistrement de l’identité sexuelle seraient limitées, tout en conservant cependant les avantages qu’il continue à procurer¹¹².

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 46.

¹⁰⁶ Traduction libre de 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. 424.

¹⁰⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 55.

¹⁰⁸ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁹ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

¹¹⁰ G. WILLEMS, “Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination”, *op. cit.*, p. 310.

¹¹¹ G. WILLEMS, “Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l’enregistrement civil du sexe?”, *op. cit.*, p. 919.

¹¹² *Ibid.*, p. 920.

Section 2. Le dilemme de la différence de Martha Minow

Le dilemme de la différence, ainsi conceptualisé par Martha Minow, est une critique de la perspective libérale de la différence “qui prévaut généralement en droit”, selon laquelle les individus se trouvant dans des situations analogues doivent être traités de manière analogue et les personnes occupant des situations différentes doivent bénéficier de traitements différents¹¹³. Minow cherche ainsi à dénoncer la difficulté de discerner lorsque le traitement différencié permet de remarquer les différences et quand le traitement égalitaire nous rend insensibles à celles-ci¹¹⁴.

Elle postule, en outre, que contrairement au “préjugé populaire” selon lequel la différence est “intrinsèque et non relationnelle”, la catégorisation des différences consiste, en réalité, en des “constructions sociales dont l’appartenance est prédéterminée” selon la race, le sexe, l’âge¹¹⁵. Elle critique en effet la façon dont le droit prétend “découvrir la catégorie dans laquelle la différence s’insère”, alors que selon elle, il s’agit plutôt d’un choix exercé par ceux qui détiennent le pouvoir, décidant quelles caractéristiques doivent ou ne doivent pas être considérées comme pertinentes¹¹⁶.

Elle ajoute qu’en plus d’être constructiviste, une telle catégorisation des différences “se constitue sur une base comparative” puisque le concept de différence suppose une comparaison avec un “point de référence”¹¹⁷. Ainsi, la femme est comparée au standard de l’homme, la minorité raciale à celui du blanc¹¹⁸, la personne dont le genre est non binaire avec celui de la personne dont le genre est binaire.

Martha Minow revendique donc un changement de perspective qui ne chercherait plus à souligner la différence entre les individus mais qui consisterait plutôt à identifier les “éléments constitutifs de la construction sociale et juridique des différences auxquelles le droit attribue de l’importance”¹¹⁹. Il conviendrait alors d’admettre que, loin d’être objective, la catégorisation de ces différences suppose nécessairement d’adopter une certaine perspective et donc de faire preuve d’une partialité inévitable¹²⁰.

¹¹³ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁴ D. INNERARITY, “Universalité et différence. Qu'est-il advenu de la postmodernité?”, *Tumultes*, 2010, vol. 34, n°1, p. 138.

¹¹⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 19.

Selon la notion de différence majoritairement utilisée en droit, les mesures d'action positive fondées sur une approche binaire du genre pourraient être considérées comme dérivant plutôt d'une idée de traitement différencié, dont le but serait d'utiliser les catégories de genre existantes afin de lutter contre les inégalités hommes/femmes¹²¹. Cette différence de traitement serait justifiée car les personnes visées (les hommes et les femmes) sont considérées comme se trouvant dans des situations différentes.

Cependant, de telles mesures pourraient entraîner une stigmatisation des personnes assignées à telle ou telle catégorie, par le fait de pointer du doigt leurs différences¹²². En outre, cette catégorisation des individus basée sur le sexe/genre est considérée comme une manière de faire respecter les normes patriarcales dans la société¹²³.

Ainsi, les actions positives peuvent également être interrogées sous le prisme du dilemme de la différence ; “si les femmes prétendent être les mêmes que les hommes afin d’obtenir les droits dont ceux-ci jouissent, tout signe de différence peut être utilisé pour leur refuser ces droits ; et si les femmes prétendent être différentes des hommes pour obtenir des droits spéciaux, ces mêmes différences peuvent être invoquées pour exclure les femmes des droits dont jouissent les hommes”¹²⁴.

Si l’on appliquait la théorie de Minow lorsque nous étudions les actions positives, il conviendrait de prendre en compte la perspective adoptée lors de l’adoption de ce type de dispositifs. En effet, si la question se pose de savoir “si une femme peut bénéficier d’un traitement égal ou d’un traitement spécial”, il faudrait alors admettre que le point de référence demeure masculin et mettre en question la neutralité présumée du droit¹²⁵.

Nous pourrions également tenter d’appliquer la théorie de Minow à la reconnaissance juridique du genre non binaire. Dans l’arrêt du 19 juin 2019 rendu par la Cour constitutionnelle belge, celle-ci appelle le législateur à revoir sa copie afin de remédier à une discrimination dont les personnes non binaires seraient victimes. Dans le cas d’espèce, la Cour a établi une comparaison entre d’une part, les personnes transgenres dont le genre est binaire et pouvant voir leur identité de genre reconnue par le droit et d’autre part, les personnes dont le genre

¹²¹ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

¹²² M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 18.

¹²³ P. CANNOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, *op. cit.*, p. 509.

¹²⁴ M. MINOW, "Adjudicating Differences: Conflicts Among Feminist Lawyers", in *Conflicts in feminism* (sous la dir. de M. HIRSCH et E. FOX KELLER), Routledge, 1991, pp. 151 et 152.

¹²⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 19.

échappe aux catégories masculine et féminine et ne bénéficiant pas d'une telle reconnaissance juridique¹²⁶. Il a été considéré que ces personnes se trouvaient dans des situations analogues et devaient donc recevoir un traitement similaire.

Ici encore, l'on pourrait apercevoir un dilemme de la différence puisque 'un tel traitement égalitaire, bien que remplissant "les critères formels d'égalité", risquerait cependant de "devenir une source d'exclusion"¹²⁷. En outre, la manière dont le genre non binaire sera reconnu par le législateur belge impliquera inévitablement de "privilégier une perspective déterminée parmi d'autres"¹²⁸. L'orientation que cette reconnaissance juridique prendra en Belgique n'est pas encore connue à ce jour, cependant différentes options sont d'ores et déjà envisagées auprès de la doctrine.

L'une des pistes de reconnaissance du genre non binaire consisterait à dégenrer le droit, s'il était décidé d'abolir l'enregistrement civil du sexe. Cette perspective, tendant à traiter les individus de manière similaire pourrait être critiquée en ce qu'elle ferait "preuve d'insensibilité à leurs réalités" et cela risquerait de "les stigmatiser précisément parce qu'on ignore ces différences"¹²⁹. En effet, certains auteurs estiment que le fait de dégenrer l'ordre juridique pourrait compromettre la lutte contre les inégalités sociales, politiques et économiques existantes, principalement fondées sur le genre¹³⁰. Cependant, d'autres travaux doctrinaux postulent qu'il est possible de mettre en œuvre des programmes d'action positive visant à lutter contre les discriminations envers les femmes, indépendamment d'une suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil (voy. *infra*, partie IV, chapitre 2).

Par contre, s'il était décidé de réformer les catégories de genre existantes en en créant de nouvelles afin de reconnaître les identités de genre non binaires, il s'agirait plutôt d'une politique de traitement différencié, qui connaît également des critiques en ce que cela mettrait l'accent sur les différences et risquerait de stigmatiser les personnes relevant par exemple d'une troisième catégorie "X"¹³¹.

¹²⁶ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, pp. 901 et 905.

¹²⁷ D. INNERARITY, *op. cit.*, p. 138.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 138.

¹²⁹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁰ P. CANNOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, *op. cit.*, p. 509.

¹³¹ P. CANNOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *T. Fam.*, 2020/1, p. 25 ; G. WILLEMS, "Les personnes intersexes: à la croisée des genres", *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles? Liber amicorum Jacques Fierens*, (sous la dir. de G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 486.

Enfin, le féminisme relationnel de Martha Minow peut nous éclairer, non pas dans le but d'adopter une nouvelle perspective ou de s'attacher à l'une de celles proposées par la doctrine, mais bien afin de "garder une ouverture par rapport aux perspectives et aux nouvelles dimensions qui remettent en question la nôtre"¹³². Cette théorie présente toutefois quelques inconvénients que nous garderons à l'esprit, dont la mise en question de "toutes les prises de position, incluant la sienne" et la "perte de certitude très importante et difficile à concilier avec les systèmes juridiques existants"¹³³.

Section 3. Les actions positives

Comme nous l'avons mentionné *supra*, des réticences, tant de la part de la doctrine juridique que féministe, ont été exprimées à propos d'une potentielle reconnaissance juridique du genre non binaire en droit belge. Plus particulièrement, si le genre non binaire venait à être légalement reconnu, nombreux sont les auteurs s'interrogeant sur ce qu'il adviendra des actions positives visant à renforcer l'égalité entre les hommes et les femmes. Dans la présente section, nous établirons le sens et les limites que nous donnerons à ces mesures (sous-section 1), nous étudierons les différentes positions féministes adoptées à leur égard (sous-section 2) et analyserons les problématiques qu'une reconnaissance du genre non binaire soulèverait au regard de la catégorisation binaire du genre que de telles actions positives impliquent (sous-section 3).

Sous-section 1. Les contours de la notion

Les mesures d'action positive et leurs conditions font l'objet de controverses au sein de la doctrine et de variations selon l'ordre juridique considéré¹³⁴. Nous nous référerons, dans ce travail, à la définition donnée dans le cadre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après, "Convention CEDAW"). Il s'agit, en vertu de l'article 4 §1 de la Convention CEDAW, de "mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes"¹³⁵ et à remédier

¹³² M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 19.

¹³³ *Ibid.*, p. 20.

¹³⁴ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, "L'action positive en droit belge. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi", in *Redynamiser la lutte contre la discrimination* (sous la dir. de J. RINGELHEIM et al.), Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 323 ; I. HACHEZ et J. RINGELHEIM, "Les actions positives", in *Les grands arrêts en matière de handicap* (sous la dir. de I. HACHEZ et J. VRIELINK), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 358.

¹³⁵ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 18 décembre 1979, art. 4 §1.

aux effets des discriminations passées, sans toutefois que l'adoption de ces mesures soit soumise à la preuve d'une discrimination passée¹³⁶. Leur *ratio legis* est de pallier une évolution sociale jugée trop lente par rapport aux "conceptions modernes et largement répandues concernant la place que devraient occuper les femmes dans la société et en politique"¹³⁷.

D'après la recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, l'application de ces mesures ne constitue pas une exception au principe de non-discrimination mais bien "un outil à disposition des États en vue de réaliser l'égalité substantielle entre les femmes et les hommes"¹³⁸. Le Comité va même encore plus loin, en considérant que l'adoption et l'application de ces mesures revêtent un caractère obligatoire lorsqu'elles "se révèlent indispensables et appropriées pour accélérer l'instauration de la pleine égalité de fait ou réelle des femmes, qu'il s'agisse d'un objectif général ou d'un objectif particulier"¹³⁹.

Comme leur dénomination l'indique, ces mesures ont également un caractère temporaire ; leur auteur doit y mettre un terme lorsque l'objectif d'égalité substantielle a été atteint "depuis un certain temps"¹⁴⁰. Cela peut toutefois "se traduire par une application de très longue durée"¹⁴¹.

Une telle définition englobe un large éventail de "politiques, de pratiques et d'instruments législatifs, exécutifs, administratifs et réglementaires", comprenant entre autres le traitement préférentiel¹⁴².

¹³⁶ Recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCEDAW%2FGC%2F3733&Lang=fr, §18.

¹³⁷ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n°135, p. 724.

¹³⁸ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, "Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et Pactes onusiens : quel potentiel pour les droits des femmes ?", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 32.

¹³⁹ Recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCEDAW%2FGC%2F3733&Lang=fr, §24 ; I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 329.

¹⁴⁰ Recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCEDAW%2FGC%2F3733&Lang=fr, §19.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*, §22.

Enfin, différentes expressions sont utilisées, telles que “inégalités correctrices”, “actions affirmatives”, “mesures spécifiques”, “mesures spéciales, ou encore “discriminations positives”, afin de se référer à ce que nous qualifierons ici d’actions positives¹⁴³, conformément à la terminologie utilisée en droit belge¹⁴⁴. Notre travail interrogeant la conciliation de la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les mesures d'action positive basées sur une catégorisation binaire du genre/sexe *en droit belge*, il nous paraît dès lors plus adéquat d'adopter la *terminologie* utilisée dans l'ordre juridique que nous étudions. Quant à la *définition* et aux limites que le droit belge réserve aux actions positives, celles-ci seront toutefois étudiées au regard de la Convention CEDAW, constituant le barème en la matière (voy. *infra*, partie III, chapitre 4).

Sous-section 2. Les théories féministes

Nous l'avons vu, l'égalité substantielle entre les hommes et les femmes peut être visée par l'instauration d'actions positives. De telles mesures, notamment encouragées par le droit international et l'Union européenne¹⁴⁵, constituent cependant un sujet de controverses entre les différentes théories féministes. Nous résumerons ici les principaux arguments formulés par les féminismes de la symétrie et de la différence (§1), ainsi que par le féminisme post-moderne (§2).

§1. Le féminisme de la symétrie et le féminisme de la différence

Le féminisme de la symétrie et le féminisme de la différence constituent “le discours féministe le plus commun autour duquel les autres théories juridiques féministes s’articulent, se contredisent et surtout innovent”¹⁴⁶. D’après M.-C. Belleau, ces deux formes de féminisme sont celles qui prévalent dans le discours juridique dominant¹⁴⁷. À cet égard, D. Lochak, en étudiant la présence de marqueurs de genre dans la norme juridique, dégage trois temps : premièrement, une “inscription de la différence homme/femme dans les normes juridiques”, qui a servi “pour l’essentiel à organiser l’infériorité juridique des femmes” (notamment dans le

¹⁴³ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 320.

¹⁴⁴ Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169 ; Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031, art. 4, 10°.

¹⁴⁵ Recommandation 84/635/EEC du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, *J.O.U.E.*, 19 décembre 1984, L 331, p. 34.

¹⁴⁶ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 14.

Code civil de 1804)¹⁴⁸. Deuxièmement, un “effacement ultérieur des marqueurs du genre” et une “formulation de plus en plus universaliste de la règle de droit, qui s’efforce d’être ‘genderblind’”¹⁴⁹. Troisièmement, la réapparition de la dimension du genre, avec “pour visée la promotion de l’égalité des chances au profit des femmes”¹⁵⁰ et la mise en place de mesures d’action positive. Cette évolution de la prise en compte du genre par le droit semble bien illustrer le débat de la symétrie/différence.

En effet, le féminisme de la symétrie postule en faveur d’une formulation et d’une application neutres du droit “sur le plan des différences sexuelles”¹⁵¹ car les hommes et les femmes sont considérés comme se trouvant dans des situations analogues et devant, par conséquent, bénéficier de traitements analogues¹⁵². Selon cette théorie, l’égalité doit se traduire en une formulation universaliste des règles de droit¹⁵³. Les féministes de la symétrie désapprouvent donc les mesures protectrices, telles que les actions positives favorisant l’embauche à compétence égale et les congés de grossesse et maternité sans équivalent de congés de paternité¹⁵⁴.

D’importantes critiques leur sont toutefois opposées, dont le fait que cette perspective “privilégie les femmes qui rencontrent les normes masculines” et écarte celles qui “occupent des tâches traditionnellement féminines”¹⁵⁵, car le point de référence demeure “l’homme blanc et bien nanti”¹⁵⁶. Dans cette logique, la différence entre les sexes se situe entièrement “du côté des femmes au lieu d’être localisée dans la relation homme/femme”¹⁵⁷. En outre, il est dit de cette théorie qu’elle ignore la réalité, en ce qu’elle ne tient pas (suffisamment) compte des iniquités sociales historiques et préexistantes sous prétexte qu’il s’agirait d’un traitement de faveur injustifié, alors que “les hommes en bénéficient eux-mêmes dans les faits depuis toujours”¹⁵⁸. Or, le postulat d’une telle égalité juridique, formelle et abstraite ne suffit pas à

¹⁴⁸ D. LOCHAK, “Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques”, in *Mélanges Andrée Lajoie* (sous la dir. de P. NOREAU et L. ROLLAND), Paris, Les Éditions Thémis, 2008, p. 678.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵² *Ibid.*, p. 5.

¹⁵³ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 679.

¹⁵⁴ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

assurer une égalité réelle¹⁵⁹. Cet aspect substantiel de l'égalité est précisément celui qui est visé par les mesures d'action positive¹⁶⁰.

De l'autre côté du débat, les féministes de la différence sont en faveur "de politiques publiques, de lois et de décisions jurisprudentielles qui revalorisent les traits dits féminins"¹⁶¹. Contrairement au féminisme de la symétrie qui se limite à une égalité formelle, le féminisme de la différence favorise "l'élaboration de droits particuliers afin de rencontrer les besoins des femmes"¹⁶². Dans cette perspective, les programmes d'action positive sont encouragés car ils permettent de "parvenir à l'égalité d'opportunité et à l'égalité dans les effets"¹⁶³.

Toutefois, il est reproché aux féministes de la différence d'être essentialistes en ce que la catégorie "femme" est associée à certaines caractéristiques (voire certains stéréotypes¹⁶⁴), considérées comme inhérentes à la nature du sexe féminin (maternel, émotif, ...) ¹⁶⁵. Les vécus des femmes sont ainsi généralisés en se fondant sur le profil de la "femme hétérosexuelle, bourgeoise et blanche"¹⁶⁶, excluant, par conséquent, toutes celles qui ne rentrent pas dans cette catégorie. De telles critiques pourraient également être reprochées aux actions positives, lesquelles constitueraient un "traitement favorable aux femmes" et un prétexte pour les traiter de manière moins avantageuse que les hommes¹⁶⁷. En effet, les mesures d'action positive renforceraient en réalité le stéréotype de faiblesse et le rôle de domestique, traditionnellement attribués aux femmes¹⁶⁸.

Ces deux théories s'affrontent donc sur de nombreux points, cependant, elles se rejoignent, d'une part, par le fait qu'elles envisagent toutes deux une communauté bisexuelle composée d'hommes et de femmes et d'autre part, car elles postulent que la solution ("l'utopie égalitaire homme/femme") se trouve dans le système, qu'il "suffit" de réformer¹⁶⁹.

¹⁵⁹ *Ibid.* ; D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 683.

¹⁶⁰ C. HOREVOETS et S. VINCENT, "Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées", in *Actualités en matière de non-discrimination*, (sous la dir. de E. BRIBOSIA *et al.*), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 64.

¹⁶¹ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 6 et 7.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 5 et 6.

§2. Le féminisme post-moderne

Le féminisme post-moderne cherche à faire ressortir les différences à l'intérieur du groupe femme et à l'intérieur du groupe homme¹⁷⁰, contrairement aux féminismes de la symétrie et de la différence qui n'envisagent que deux groupes homogènes. Les actions positives semblent difficiles à envisager dans cette théorie féministe, d'une part, car en tenant compte de la multiplicité des vécus féminins, la "catégorie 'femme' disparaît"¹⁷¹ et cela pourrait compliquer l'identification des bénéficiaires des mesures d'action positive. D'autre part, car cette perspective semble empêcher de procéder à toute généralité, or la mise en place d'actions positives se fonderait sur des statistiques genrées en vue de mesurer les discriminations structurelles dont les femmes sont victimes¹⁷².

Cependant, une approche qui pourrait concilier les actions positives avec le féminisme post-moderne serait celle de l'auto-identification des bénéficiaires de ces mesures positives¹⁷³. En effet, si les bénéficiaires d'une telle mesure sont désignées par la loi comme étant les "femmes", il pourrait être envisagé qu'une personne - puisqu'elle ne serait pas placée dans une catégorie en vertu du féminisme post-moderne - prétende elle-même être un membre du groupe bénéficiaire (et cette affirmation serait acceptée par ce programme)¹⁷⁴ (voy. *infra*, partie IV, chapitre 2). Le féminisme post-moderne et les actions positives pourraient alors être conciliés par le biais de l'autodétermination.

Sous-section 3. Les points de tension entre la reconnaissance juridique du genre non binaire et les actions positives fondées sur la catégorisation binaire du genre

Une des raisons pour lesquelles il existe une réticence doctrinale à propos de la suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil est tirée de la question de l'impact que cela aurait sur la lutte contre les discriminations dont sont victimes les femmes¹⁷⁵. L'expert indépendant des Nations Unies sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre s'est notamment opposé à certains arguments selon lesquels la reconnaissance juridique des personnes transgenres et de genre variant "risquait d'occulter les préoccupations des femmes cisgenres,

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁷² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 50.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 52.

¹⁷⁴ MCCRUDDEN, C., *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, Bruxelles, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/271e827b-0435-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (date de dernière consultation: 8 août 2023), p. 114.

¹⁷⁵ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, pp. 915-916.

de nuire à l'intégrité des espaces sûrs destinés aux femmes et de menacer le développement des filles par le sport"¹⁷⁶.

En effet, certains auteurs postulent que l'identification genrée des personnes en droit permet de prendre en compte les discriminations liées au genre et d'ainsi mieux lutter contre celles-ci¹⁷⁷. D'un autre côté, l'enregistrement binaire du sexe à l'état civil tel qu'il existe aujourd'hui discrimine les personnes dont le genre est non binaire¹⁷⁸.

Un autre argument en défaveur d'une suppression de l'enregistrement du sexe est celui "tiré de la nécessité d'établir des statistiques ventilées selon le sexe et du recours aux statistiques de genre" afin de lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes¹⁷⁹. Les statistiques de genre sont, en effet, essentielles pour le recours aux mesures d'action positive¹⁸⁰. De plus, la récolte de ces données est également imposée à la Belgique par des obligations internationales¹⁸¹ (voy. *infra*, partie III, chapitre 1).

Enfin, nous identifions un autre point de tension dans la formulation utilisée par le législateur belge, notamment lorsqu'il impose "de garantir la représentation des deux genres au sein du Sénat", ignorant ainsi la situation des personnes transgenres¹⁸². Si le législateur belge venait à reconnaître juridiquement les personnes non binaires, certains textes devraient alors être reformulés.

Ces différentes interrogations, découlant de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019, nous ont menée à nous poser la question suivante : *Comment articuler la reconnaissance juridique du genre non binaire et les actions positives fondées sur une approche binaire de la catégorisation de sexe/genre en droit belge ?*

Malgré les réticences susmentionnées, nos recherches scientifiques nous permettent d'envisager différentes ouvertures afin de concilier ces deux problématiques. Il nous semble en effet que 1° la possibilité de recenser des statistiques ventilées selon le genre/sexe malgré une suppression du sexe à l'état civil, 2° la possibilité d'identifier des bénéficiaires d'actions positives indépendamment de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, 3° la perspective de

¹⁷⁶ Rapport UN/Doc A/HRC/47/27 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Droit et inclusion*, 3 juin 2021, pp. 11-12.

¹⁷⁷ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 915.

¹⁷⁸ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

¹⁷⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² S. WATTIER, *op. cit.*, p. 393 ; Const., art. 67, §3.

conserver un enregistrement du genre qui serait flexibilisé ou encore 4° la création d’actions positives pour les minorités de genre, sont autant d’éléments nous permettant de répondre hypothétiquement à notre question de recherche.

Afin de vérifier ces hypothèses en partie IV, un détour par le droit international et le droit régional nous permettra d’éclairer notre analyse du droit belge, d’abord sur la question de la reconnaissance du genre non binaire (partie II), et ensuite sur la problématique des actions positives fondées sur les catégories binaires de genre (partie III).

PARTIE II. La reconnaissance juridique du genre non binaire

Avant de se pencher sur le dilemme auquel le législateur belge a été confronté par la Cour constitutionnelle (chapitre 4), il est essentiel de replacer la reconnaissance juridique du genre non binaire dans un contexte international (chapitre 1), ainsi que de faire état des indicateurs européens exprimés tant au niveau du Conseil de l'Europe (chapitre 2) que de l'Union européenne (chapitre 3).

CHAPITRE 1. Le droit international

Contrairement aux personnes faisant l'objet de discriminations fondées sur le sexe, la race, l'ethnicité ou le handicap, les personnes transgenres ne bénéficient pas d'une convention internationale spécifique contraignant les États à garantir le respect, la protection et la réalisation de leurs droits humains¹⁸³. D'après le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, protéger les personnes LGBTQIA+ contre la violence et la discrimination ne nécessite cependant pas la création d'un nouvel ensemble de droits qui leur seraient spécifiques ; les obligations des États de protéger les droits humains des personnes LGBTQIA+ sont bien établies dans le droit international des droits de l'homme¹⁸⁴.

Un droit à la reconnaissance effective de son identité de genre peut être déduit de l’article 6 de la Déclaration universelle des droits de l’homme (droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique), de l’article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l’article 15 de la Convention CEDAW, de l’article 8 de la Convention relative

¹⁸³ Traduction libre de 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. 329.

¹⁸⁴ Traduction libre de OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Born Free and Equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, 2019, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Born_Free_and_Equal_WEB.pdf (date de dernière consultation: 22 juillet 2023).

aux droits de l'enfant et de l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées¹⁸⁵.

En outre, il découle des principes de liberté et d'autonomie, ainsi que du droit fondamental à l'autodétermination, l'obligation pour les États "de permettre la reconnaissance du genre d'une manière qui tienne compte des droits à la non-discrimination, à l'égale protection de la loi, à la vie privée, à l'identité et à la liberté d'expression"¹⁸⁶.

Par ailleurs, depuis leur création, les organes des Nations Unies institués en vertu d'instruments internationaux ont constamment affirmé que l'identité de genre faisait partie des motifs de discrimination interdits¹⁸⁷.

Une lecture inclusive¹⁸⁸ de ces droits de l'homme internationaux est encouragée par les Principes de Jogjakarta +10¹⁸⁹ sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

Plus spécifiquement, le principe 31 invite les États à "cesser [...] l'enregistrement du sexe et du genre de la personne sur des documents d'identité tels que les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports et les permis de conduire, ainsi que comme élément de leur personnalité juridique"¹⁹⁰. Si, cependant, une telle suppression de l'enregistrement du sexe et/ou du genre n'est pas mise en œuvre, ce principe préconise à tout le moins d'"offrir un accès à un mécanisme rapide, transparent et accessible qui reconnaît juridiquement et consacre le droit qu'à chaque personne de déterminer son identité de genre", mais également de "donner le choix entre des options multiples pour le choix du genre"¹⁹¹.

En outre, le principe 2 semble faire référence à des mesures d'action positive visant à garantir aux personnes de diverses identités de genre "une jouissance ou un exercice égal des droits humains"¹⁹². Il est précisé que de telles mesures ne sont pas considérées comme discriminatoires.

¹⁸⁵ Rapport UN/Doc A/73/152 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, §20.

¹⁸⁶ *Ibid.*, §21.

¹⁸⁷ *Ibid.*, §17.

¹⁸⁸ Traduction libre de P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *op. cit.*, pp. 18 et 19.

¹⁸⁹ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>.

¹⁹⁰ *Ibid.*, principe 31, A.

¹⁹¹ *Ibid.*, principe 31, C, i et ii.

¹⁹² *Ibid.*, principe 2.

Malgré leur caractère non contraignant, ces principes jouissent d'une grande autorité internationale¹⁹³ et contiennent les "orientations les plus claires"¹⁹⁴ concernant le droit à la reconnaissance juridique des personnes transgenres.

Les rapports de l'expert indépendant des Nations Unies sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz) contiennent des recommandations adressées aux États, qui sont notamment encouragés à "reconnaître les identités de genre non binaires, telles que celles qui ne sont ni 'masculines' ni 'féminines', et prévoir de multiples options quant au sexe à indiquer dans les documents officiels"¹⁹⁵.

Toutefois, malgré que le respect de l'identité de genre soit prescrit par un cadre bien établi en droit international des droits de l'homme¹⁹⁶, la grande majorité des personnes trans et de genre divers à travers le monde se voient toujours refuser l'accès à la reconnaissance de leur identité de genre par les autorités publiques au jour de la rédaction du rapport A/73/152. Les conséquences qui en découlent sont la tolérance et l'impunité de la violence et la discrimination dont ces personnes sont victimes¹⁹⁷.

CHAPITRE 2. Le droit du Conseil de l'Europe

La Cour européenne des droits de l'homme s'avère être l'instance judiciaire ayant traité le plus grand nombre d'affaires liées à l'identité de genre et aux personnes transgenres¹⁹⁸. Jusque récemment, la question de la non-binarité ne lui avait toutefois jamais été soumise¹⁹⁹.

En tout état de cause, il peut être déduit de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg un droit à la reconnaissance juridique de l'identité de genre. L'arrêt A.P., Garçon, Nicot c. France

¹⁹³ Traduction libre de P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁴ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 909.

¹⁹⁵ Rapport UN/Doc A/73/152 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, §81, d), v).

¹⁹⁶ *Ibid.*, §17.

¹⁹⁷ *Ibid.*, §25.

¹⁹⁸ COMITÉ DIRECTEUR SUR L'ANTI-DISCRIMINATION, LA DIVERSITÉ ET L'INCLUSION DU CONSEIL DE L'EUROPE, Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5, *La reconnaissance juridique du genre en Europe*, 2022, <https://rm.coe.int/thematic-report-on-legal-gender-recognition-in-europe-fr/1680a72a0e> (date de dernière consultation: 3 août 2023), § 20 ; P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹⁹ N. GALLUS, "L'enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre", *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n°133, p. 263 ; G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 910.

a effectivement été l'occasion d'affirmer que le droit à l'identité de genre et au développement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée²⁰⁰. La Cour estime que "l'identité ou l'identification sexuelle" relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰¹, dont les garanties sont interprétées sur la base du principe de l'autonomie personnelle²⁰².

Quant à la *reconnaissance légale* de "l'identité sexuelle", non seulement la Cour a considéré qu'elle constituait un droit en vertu de l'article 8 de la Convention²⁰³, mais elle a également jugé qu'elle devait être fondée sur des procédures "rapides, transparentes et accessibles"²⁰⁴.

Cependant, en dépit de l'affirmation d'un droit à l'autodétermination du genre²⁰⁵, la jurisprudence de la Cour n'impose pas une reconnaissance juridique dénuée de toute condition. Elle a en effet admis la condition de fournir des preuves de l'existence du "syndrome transsexuel"²⁰⁶ ainsi que la possibilité pour un État d'exiger la réalisation d'un examen médical par un expert²⁰⁷, considérant que cela relève d'une large marge d'appréciation laissée aux États et qu'un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence a été maintenu.

Dans un arrêt du 31 janvier 2023²⁰⁸, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur des questions intéressant plus particulièrement la problématique de l'identité de genre non binaire. Il s'agissait d'une affaire impliquant une personne intersexuée s'étant vue refuser sa demande de rectification de son acte de naissance afin qu'il y soit indiqué "sexe neutre" ou "intersexe"²⁰⁹. C'était la première fois à Strasbourg qu'était examinée la

²⁰⁰ P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

²⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023), §92 ; Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023) ; Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

²⁰² Traduction libre de P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 34.

²⁰³ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

²⁰⁴ Cour eur. D.H., arrêt Y.T. c. Bulgarie du 9 juillet 2020, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023) ; Cour eur. D.H., arrêt X. c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine du 17 janvier 2019, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

²⁰⁵ COMITÉ DIRECTEUR SUR L'ANTI-DISCRIMINATION, LA DIVERSITÉ ET L'INCLUSION DU CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, § 20.

²⁰⁶ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023), §143 ; P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023), §153 ; P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France du 31 janvier 2023, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

²⁰⁹ E. CROSSET DECHANY, "Deux c'est bien, trois c'est trop: la reconnaissance d'une troisième catégorie de 'sexe neutre' laissée à la discrétion des États", obs. sous Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France, 31 janvier 2023, *J.L.M.B.*, 2023, p. 1056.

question de la "reconnaissance légale de l'existence d'une troisième catégorie de sexe au bénéfice des personnes nées avec des variations de leurs caractéristiques sexuelles"²¹⁰.

Le refus des juridictions françaises d'inscrire la mention d'un sexe neutre a étonnement été validé par la Cour, estimant qu'il relevait de la marge d'appréciation élargie laissée à l'État français en l'espèce et qu'elles n'ont, ce faisant, pas violé l'article 8 de la Convention²¹¹. La Cour s'explique en se fondant sur des considérations d'intérêt général telles que le "principe de l'indisponibilité de l'état des personnes" et "la nécessité de préserver la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil ainsi que l'organisation sociale et juridique du système français". Elle ajoute que "la reconnaissance par le juge d'un sexe neutre aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination"²¹².

Affirmant que la requête "ne concerne pas la question de l'autodétermination du genre", la Cour semble limiter son examen au cas d'espèce en tant qu'il concerne "l'attribution du sexe masculin ou du sexe féminin à une personne qui, étant biologiquement intersexuée, ne relève ni de l'un ni de l'autre"²¹³. Toutefois, les enseignements de la Cour pourraient être étendus à la reconnaissance d'un *genre* neutre à l'état civil, car cela poserait tout autant "la question du risque de bouleversement des normes juridiques fondées sur la binarité des sexes"²¹⁴.

En somme, la gardienne de la Convention européenne des droits de l'homme laisse le libre choix aux États de décider, dans le cadre de leur marge d'appréciation, de procéder - ou non - à la reconnaissance juridique d'une troisième catégorie, qu'elle soit de sexe ou de genre neutre, pouvant être inscrite sur l'acte de naissance des personnes intersexes²¹⁵. Notons cependant que cette jurisprudence est "potentiellement appelée à évoluer à l'avenir", puisque l'affaire a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande chambre²¹⁶.

Des orientations concernant la reconnaissance juridique du genre sont également fournies par l'institution du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, lequel recommande aux États d'offrir, dans les documents officiels, "la possibilité de ne pas choisir

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 1059.

²¹² Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France du 31 janvier 2023, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023), §89.

²¹³ Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France du 31 janvier 2023, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023), §44.

²¹⁴ E. CROSSET DECHANY, "Deux c'est bien, trois c'est trop: la reconnaissance d'une troisième catégorie de 'sexe neutre' laissée à la discrétion des États", *op. cit.*, p. 1061.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

un marqueur de genre spécifié, ‘masculin’ ou ‘féminin’” ainsi que d’étudier “la nécessité d’indiquer le genre dans les documents officiels”²¹⁷.

Par ailleurs, l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, dans sa résolution 2048 du 22 avril 2015, appelle les États membres “à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d’identité des personnes qui le souhaitent”²¹⁸.

Plus récemment, dans sa résolution 2191 du 12 octobre 2017, elle a renforcé ses recommandations concernant la reconnaissance du genre non binaire en invitant les États, lorsqu’ils “recourent à des classifications en matière de genre, à veiller à ce qu’il existe un ensemble d’options pour tous, y compris pour les personnes intersexes qui ne s’identifient ni comme homme ni comme femme”, mais aussi “à envisager de rendre facultatif pour tous l’enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et autres documents d’identité”²¹⁹. L’ajout d’une seule catégorie additionnelle de genre ne serait dès lors plus suffisante afin de rencontrer les exigences découlant du droit à l’autodétermination²²⁰.

Malgré la jurisprudence abondante de la Cour européenne des droits de l’homme “rappelant l’obligation positive qui incombe aux États de prévoir la reconnaissance du genre” ainsi que les recommandations formulées par d’autres organes du Conseil de l’Europe, en 2015 “seuls 34 pays européens [avaient] introduit dans leur législation des dispositions sur la reconnaissance de l’identité de genre des personnes transgenres”²²¹. D’après ILGA-Europe, seulement trois pays européens reconnaissaient les identités non binaires en 2022, tandis que trois autres avaient pris des mesures actives en ce sens (dont la Belgique)²²².

²¹⁷ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L’HOMME DU CONSEIL DE L’EUROPE, Document thématique, *Droits de l’homme et personnes intersexes*, 2015, <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes-document-thematique-publie-p/16806da66e> (date de dernière consultation: 3 août 2023), recommandation n°4, p. 9.

²¹⁸ Résolution 2048 de l’A.P.C.E., La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe, 22 avril 2015, §6.2.4.

²¹⁹ Résolution 2191 de l’A.P.C.E., Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l’égard des personnes intersexes, 12 octobre 2017, §7.3.3 et 7.3.4.

²²⁰ P. CANOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

²²¹ Rapport sur la proposition de résolution de l’A.P.C.E. “La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe”, fait au nom de la Commission sur l’égalité et la non-discrimination (Rapp. D. SCHEMBRI), Doc. 13742, du 2 avril 2015, p. 15.

²²² Traduction libre de ILGA-EUROPE, *Right now, just three European countries recognize non-binary identities, but others are pushing forward*, *op. cit.* L’Islande, l’Allemagne et Malte reconnaissaient d’ores et déjà les identités non binaires, tandis que la Belgique, les Pays-Bas et la Grèce avaient pris des mesures actives en ce sens.

CHAPITRE 3. Le droit de l'Union européenne

La résolution 2018/2878 du Parlement européen encourage les États membres de l'Union européenne à prévoir des “procédures souples pour changer les marqueurs de genre, pour autant qu'ils continuent d'être déclarés, et les noms sur les actes de naissance et les documents d'identité (y compris la possibilité de noms neutres du point de vue du genre)”²²³.

Dans une publication relative aux droits fondamentaux des personnes intersexes, l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne appelle les États à considérer la possibilité d'intégrer un marqueur de genre neutre dans les certificats de naissance²²⁴.

Concernant la mention du genre/sexe sur les documents d'identité, en vertu de l'article 3.2 et du considérant 24 du Règlement n°2019/1157 du 20 juin 2019 du Parlement européen et du Conseil²²⁵, le genre ne doit pas nécessairement être inscrit sur la carte d'identité d'un citoyen d'un État membre²²⁶. Quant au permis de conduire, celui-ci est harmonisé dans l'Union depuis 2013 et n'indique pas le sexe²²⁷.

CHAPITRE 4. Le droit belge

Comme le constatait E. Bribosia lors des auditions devant la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants en vue de l'adoption de la loi transgenre de 2017²²⁸, “le genre reste l'un des piliers sur lequel s'organise la société” et la “conception binaire encore largement prévalente a tendance à disqualifier celles et ceux dont l'identité, réelle ou perçue, n'entre pas dans ce moule”²²⁹. D'après l'étude “Être une personne transgenre en Belgique. Dix ans plus tard” réalisée par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, “plus d'un quart des

²²³ Résolution 2018/2878 du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_FR.pdf, §9.

²²⁴ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *The fundamental rights situation of intersex people*, avril 2015, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> (date de dernière consultation: 14 octobre 2022), p. 7.

²²⁵ Règlement (UE) n° 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *J.O.U.E.*, 12 juillet 2019, L 188, p. 67, art. 3.2 et considérant 24.

²²⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 29.

²²⁷ *Ibid.*, p. 24.

²²⁸ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

²²⁹ Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Karine Lalieux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/004, p. 45.

répondant.es ne se sentent pas à leur place dans la catégorie homme (transgenre) ou femme (transgenre)”, or, “malgré la nouvelle loi-transgenre de 2017, ils/elles ne peuvent pas faire enregistrer leur identité de genre parce qu’aucune troisième option n’a été prévue”²³⁰.

Dans ce chapitre, il sera question, en premier lieu, d’étudier le cadre juridique belge tel qu’il existe aujourd’hui concernant l’enregistrement du sexe à l’état civil, sa mention sur la carte d’identité et le numéro de registre national (section 1). En deuxième lieu, seront examinées les différentes solutions envisagées en droit belge afin de remédier à la lacune constatée par la Cour constitutionnelle en juin 2019 (section 2).

Section 1. L’enregistrement du sexe à l’état civil, le numéro de registre national genré et la mention du sexe sur la carte d’identité

En droit belge, le sexe est déterminé à la naissance de l’enfant et est indiqué dans le registre de l’état civil²³¹, dont le système d’enregistrement de l’identité de genre est strictement binaire²³². En outre, à chaque citoyen est attribué un numéro unique de registre national, lequel apparaît sur la carte d’identité et est notamment constitué d’un numéro d’ordre genré (les trois chiffres suivant la date de naissance), puisque celui-ci est impair si l’enfant est un garçon et pair si l’enfant est une fille²³³.

A la suite d’une réforme de 2003, la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d’identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour²³⁴, qui est toujours en vigueur, prévoit la mention du sexe (binaire) sur la carte d’identité²³⁵. Cependant, dans sa note de politique générale du 29 octobre 2021, le gouvernement fédéral a annoncé vouloir “aller vers une disparition du marqueur de genre sur les cartes d’identités”²³⁶. Cette annonce, bien que réjouissante, a toutefois suscité une question écrite de la députée au Parlement fédéral Julie Chanson (Ecolo-Groen)²³⁷, relevant que la suppression de la mention

²³⁰ J. MOTMANS, E. WYVERKENS et J. DEFREYNE, *Être une personne transgenre en Belgique. 10 ans plus tard*, 2017, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/118_-_etre_une_personne_transgenre_en_belgique.pdf (date de dernière consultation: 17 juin 2023), p. 91.

²³¹ C. civ., art. 57,1° ; S. WATTIER, *op. cit.*, p. 392.

²³² C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, A.5.1.

²³³ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 38.

²³⁴ Loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d’identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, *M.B.*, 3 septembre 1991, p. 19075.

²³⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 39 et 40.

²³⁶ Note de politique générale, “Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité”, 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n°55-2294/015, p. 5.

²³⁷ Question n°980 de Mme Julie Chanson du 7 décembre 2021 (Fr.), *Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n°55, pp. 351 et 352.

du genre de la carte d'identité est une mesure insuffisante car, d'une part, le numéro d'ordre contenu dans le numéro de registre national reste genré (pair pour les femmes et impair pour les hommes). D'autre part, car l'enregistrement du genre à l'état civil reste binaire.

Notons cependant que d'après P. Cannoot, lorsque la nouvelle législation entrera en vigueur, le sexe enregistré ne figurera plus sur la carte d'identité, ni visuellement ni électroniquement, et le numéro de registre national sera également adapté de manière à ce que la désignation du sexe ne puisse plus être dérivée de l'indication d'un nombre pair ou impair²³⁸. Mais le sexe enregistré restera partie intégrante de l'état civil et continuera donc de figurer sur l'acte de naissance et dans le registre national²³⁹.

La suppression de la mention du genre sur la carte d'identité constitue une première étape importante en attendant que la Belgique saute le pas, témoignant d'un droit devenant moins rigide "dans sa prise en compte du sexe juridique, sans pour autant abolir sa fonction au sein de l'état civil"²⁴⁰. Une telle avancée faciliterait effectivement "la vie quotidienne des personnes qui ne s'identifient dans aucun des deux sexes"²⁴¹, mais d'autres étapes seraient encore nécessaires afin de les reconnaître pleinement²⁴².

Section 2. L'arrêt du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle et les différentes solutions présentées au législateur belge

De nombreux commentaires ayant déjà analysé cette décision, nous nous contenterons d'en résumer les principaux points pertinents pour notre sujet (sous-section 1). Ensuite, nous nous pencherons sur les différentes options se présentant au législateur belge afin de remédier à l'inconstitutionnalité constatée (sous-section 2).

²³⁸ P. CANNOOT, "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *Knack*, 2 décembre 2021, <https://www.knack.be/> (date de dernière consultation: 5 août 2023).

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ P. HUART, *op. cit.*, p. 61.

²⁴¹ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

²⁴² P. CANNOOT, "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *op. cit.*

Sous-section 1. L'arrêt n°99/2019 du 19 juin 2019 de la Cour constitutionnelle

Dans cet arrêt du 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle a partiellement annulé la loi du 25 juin 2017²⁴³, jugeant notamment qu'elle "ne permettait pas l'expression juridique des identités de genre fluides"²⁴⁴.

Le présent travail se concentre néanmoins sur l'autre partie de l'arrêt, dans laquelle la Cour a dénoncé une lacune dans la loi de 2017²⁴⁵ en ce que cette dernière "n'a rien prévu pour les personnes non binaires"²⁴⁶. En effet, cette loi limite "à un choix binaire la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance"²⁴⁷. Il a été décidé qu'une telle lacune viole le principe d'égalité, lu en combinaison avec le droit à l'autodétermination²⁴⁸. Tant pour les personnes dont le genre est binaire que pour celles dont le genre est non binaire, le principe de l'autodétermination exige, en effet, que "lors de la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance, il puisse être tenu compte de la même manière pour les deux catégories de personnes de l'identité de genre vécue intimement, que celle-ci soit binaire ou non binaire"²⁴⁹.

Dès lors, la Cour a appelé le législateur à adopter une "réglementation visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée", en lui soufflant deux possibilités²⁵⁰. Premièrement, il s'agirait de créer une ou plusieurs nouvelles catégories permettant de reconnaître les personnes dont le genre échapperait aux catégories binaires existantes. Deuxièmement, l'autre option envisagée par la Cour consisterait à "supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne"²⁵¹.

Un projet de loi du 22 mai 2023²⁵² visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée à propos des personnes de genre *fluide* - dans l'autre partie de l'arrêt que nous n'analyserons pas

²⁴³ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

²⁴⁴ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 895.

²⁴⁵ Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

²⁴⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁷ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, B.6.6.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid.*, B.6.5.

²⁵⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 3.

²⁵¹ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, B.7.3.

²⁵² Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/001.

dans le cadre de ce travail - a été adopté par la Chambre le 6 juillet 2023²⁵³, constituant la première phase de modifications législatives. Cela fût l'occasion pour le gouvernement d'informer qu'une seconde phase de réforme était en cours d'élaboration afin de répondre aux besoins des personnes non binaires et de faire suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle²⁵⁴.

Sous-section 2. Les différentes solutions présentées par la Cour constitutionnelle au législateur belge

Afin de combler la lacune dénoncée dans la loi du 25 juin 2017, deux solutions ont été proposées au législateur par la Cour constitutionnelle (sans toutefois exclure d'autres possibilités²⁵⁵) ; la création d'une ou plusieurs catégories de sexe/genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité²⁵⁶ (§1) ou la suppression de la mention du sexe et/ou du genre dans l'état civil (§2).

§1. La création d'une ou plusieurs catégories de sexe/genre supplémentaires dans l'état civil et/ou sur les documents d'identité²⁵⁷

Notre analyse de cette proposition sera divisée en deux points ; il conviendra d'abord d'étudier la création d'une troisième catégorie supplémentaire (A) et ensuite la création de plusieurs catégories supplémentaires (B).

A. La création d'une troisième catégorie supplémentaire

Un certain nombre d'arguments et d'auteurs s'opposent à cette option, dont les organismes de défense des droits des personnes LGBTQIA+²⁵⁸.

D'abord, une troisième catégorie (souvent désignée "X") risquerait d'être stigmatisante et de consolider, en réalité, "la domination et la normalité du 'M' et du 'F'"²⁵⁹. Cette catégorie

²⁵³ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *C.R.I.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, séance du 6 juillet 2023, pp. 72-73.

²⁵⁴ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme. Marijke Dillen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/002, p. 4. ; Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/001, p. 3.

²⁵⁵ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, B.7.3.

²⁵⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 10.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ L. NICOLAS, *Le troisième sexe, une fausse bonne idée*, 14 novembre 2017, <http://www.lgbt-lux.be/le-troisieme-sexe-une-fausse-bonne-idee/>, (date de dernière consultation: 15 juin 2023).

²⁵⁹ Traduction libre de P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *op. cit.*, p. 25.

ne serait en effet qu'une autre occasion de séparer les identités de genre non binaires de la société et de les marginaliser davantage²⁶⁰.

Ensuite, d'une part elle risquerait d'être excessivement inclusive en rassemblant une diversité d'identités de genre et deviendrait alors une catégorie "fourre-tout" pour toutes les identifications non standards²⁶¹. D'autre part, elle serait également trop exclusive car la création d'un troisième genre continuerait d'exclure les personnes non binaires dont le genre est fluide, pour qui une nouvelle catégorie rigide serait tout aussi inappropriée que les actuelles options "M" et "F"²⁶².

Pour ces raisons, d'après le rapport réalisé par l'*Equality Law Clinic*, une telle proposition ne répondrait pas "aux exigences du respect des droits fondamentaux et, en particulier, du droit à l'autodétermination"²⁶³.

B. La création de plusieurs catégories supplémentaires

Si le législateur n'opte pas pour la voie de la suppression de l'enregistrement du sexe/genre, il lui est recommandé, à tout le moins, de prévoir une diversité de catégories pour le choix de genre²⁶⁴. Ces nouvelles catégories doivent être ouvertes à tous "et non uniquement aux personnes intersexes"²⁶⁵.

Dans une publication au *Tijdschrift voor Familierecht*, différents experts de l'Université de Gand ont formulé une proposition sur la réforme de l'enregistrement du sexe, à la demande du ministre de la Justice Vincent Van Quickenborne²⁶⁶. Ils recommandent tout d'abord de distinguer les caractéristiques sexuelles et l'identité de genre et d'en faire deux enregistrements distincts. L'information sur le sexe (qui ne serait pas nécessairement binaire²⁶⁷) pourrait être

²⁶⁰ 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, https://oii-europe.org/wp-content/uploads/2016/03/Oii_A4magazine_humanrights.pdf (date de dernière consultation: 8 août 2023), p. 23.

²⁶¹ Traduction libre de P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 644 ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 55.

²⁶² Traduction libre de P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 644.

²⁶³ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁴ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>.

²⁶⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁶ T'SJOEN *et al.*, "Hervorming van de geslachtsregistratie: suggesties UGent en UZ Gent", *T. Fam.*, n°9, 2021, pp. 262-271.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 271. Un score des organes génitaux externes peut être utilisé, les caractéristiques sexuelles étant représentées sous la forme d'un continuum.

enregistrée à la naissance dans le dossier électronique confidentiel du patient en tant qu'information médicale, permettant notamment au médecin généraliste d'envoyer les invitations au dépistage préventif du cancer²⁶⁸. L'identité de genre ferait également l'objet d'un enregistrement mais qu'il faut dissocier de l'état civil ; les options possibles seraient femme/homme/X/autre (le X ayant valeur de "indéterminé" ou "je préfère ne pas le dire"). De cette manière, nous éviterions le scénario où le législateur limiterait la réforme à l'ajout d'une unique case additionnelle "X" qui ne constituerait rien d'autre qu'une catégorie résiduelle globale²⁶⁹.

Étant défavorable à une réforme procédant d'une "asexuation obligée", G. Willems exprime sa préférence pour le maintien d'un enregistrement civil du sexe mais qui serait flexibilisé. Il propose à la fois de maintenir les catégories existantes et d'ouvrir "d'autres possibilités d'inscriptions répondant aux demandes des personnes non binaires"²⁷⁰. Les personnes devraient pouvoir exprimer une identité de genre non binaire, soit positivement en inscrivant la mention "non binaire", soit négativement avec la mention "/" ou "néant"²⁷¹.

Inspirée de la législation adoptée en Tasmanie, la création d'une catégorie ouverte "laissant l'indication du genre au libre choix de la personne concernée" est également discutée car cela permettrait de satisfaire davantage aux exigences du droit à l'autodétermination²⁷². À titre d'exemple, en Tasmanie, le genre est défini 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.*²⁷³

²⁶⁸ *Ibid.* Cette méthode assurerait que toute personne ayant des seins soit invitée à un dépistage préventif du cancer du sein, mais elle permettrait également que les femmes cisgenres qui n'ont pas d'utérus ne soient pas invitées au dépistage du cancer du col de l'utérus.

²⁶⁹ P. CANNOOT, "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *op. cit.*

²⁷⁰ G. WILLEMS, "Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination", *op. cit.*, p. 310.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 33.

²⁷³ *Ibid.*, p. 16 ; Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act, 8 mai 2019, <https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/asmade/act-2019-007>, art. 3A.

Deux catégories ouvertes (e et f) sont ainsi proposées²⁷⁴, dans lesquelles une personne peut solliciter d'enregistrer son identité de genre²⁷⁵.

Certaines critiques peuvent cependant être adressées à cette piste de réforme, notamment le fait que “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 poursuivie”²⁷⁶.

§2. La suppression de la mention du sexe et/ou du genre dans l'état civil

Cette option serait la plus conforme au droit à l'autodétermination selon le rapport de l'*Equality Law Clinic*²⁷⁷ et le groupe d'experts de l'Université de Gand²⁷⁸. Cette proposition part du principe que le sexe/genre "relève de l'intimité de la personne et ne doit pas être retenu comme un élément de son état civil révélé et opposable aux autres personnes"²⁷⁹. Une entière effectivité peut être donnée à l'autodétermination que si l'État ne joue aucun rôle dans l'attribution d'un sexe/genre (légal) à l'individu²⁸⁰.

Les partisans de cette thèse avancent que si notre droit doit, certes, être réformé dans son ensemble afin d'introduire un tel changement, il a toutefois "déjà connu de nombreuses évolutions de déssexualisation des normes sans que la sécurité juridique en soit affectée"²⁸¹, affirmant que les difficultés rencontrées ne sont pas insurmontables.

En outre, une telle abolition du genre en tant qu'élément de l'état civil ne signifie pas que le genre en tant que tel est banni de la société ; la distinction entre homme et femme, sexe masculin et sexe féminin, ou père et mère ne disparaîtrait pas pour autant²⁸². Les individus pourront toujours s'identifier comme homme, femme, non binaire²⁸³, ... Il est toutefois

²⁷⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁵ Pour de plus amples développements concernant la législation adoptée en Tasmanie, voy. notamment E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*

²⁷⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 33.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁷⁸ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

²⁷⁹ N. GALLUS, *op. cit.*, p. 264.

²⁸⁰ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

²⁸¹ N. GALLUS, *op. cit.*, p. 264.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 269.

recommandé au législateur d'œuvrer à la sensibilisation aux stéréotypes de genre qui perpétuent les inégalités structurelles entre les hommes et les femmes²⁸⁴.

Enfin, cette option soulèverait différentes interrogations concernant la manière de récolter des statistiques de genre et d'identifier les bénéficiaires d'actions positives genrées. Nous aborderons *infra* les différentes réponses formulées par les défenseurs de la suppression du genre/sexe à l'état civil (voy. *infra*, partie IV, chapitres 1 et 2)

PARTIE III. Les actions positives fondées sur une approche binaire de la catégorisation de sexe/genre

Nous l'avons vu, la définition donnée aux actions positives et les termes utilisés pour y référer varient selon les ordres juridiques²⁸⁵. Bien que notre définition de référence dans ce travail se situe au niveau de la Convention CEDAW (chapitre 1), il convient de se pencher sur les actions positives dans le droit du Conseil de l'Europe (chapitre 2) et le droit de l'Union européenne (chapitre 3) afin d'appréhender l'application de telles mesures en droit belge et leur potentielle conciliation avec la reconnaissance juridique du genre non binaire (chapitre 4).

CHAPITRE 1. Le droit international

Tel que développé *supra*, les actions positives sont préconisées au niveau international par la Convention CEDAW, qui dispose que “l'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints”²⁸⁶.

La Convention a toutefois été sujette à différentes critiques féministes, lui reprochant un manque d'effectivité et de protéger spécifiquement les femmes au risque de les "essentialiser en tant que personnes vulnérables, de les marginaliser ou de les 'ghettoïser'"²⁸⁷. D'autres avancent encore que paradoxalement, dans cet instrument promouvant les droits des femmes,

²⁸⁴ *Ibid.* ; CANNOOT, "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *op. cit.*

²⁸⁵ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 84.

²⁸⁶ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 18 décembre 1979, art. 4.

²⁸⁷ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, p. 31.

l'expérience des hommes établit la norme universelle pour tous, à laquelle est notamment mesurée l'(in)égalité des femmes²⁸⁸.

Elle reste cependant un instrument révolutionnaire en ce qu'elle "reconnaît la pertinence des actions positives" et l'importance de lutter contre les causes profondes des discriminations systémiques et structurelles que connaissent les femmes²⁸⁹. Elle se différencie, en outre, de la symétrie que l'on retrouve généralement dans les dispositions anti-discrimination des instruments de protection des droits humains et des constitutions nationales. La Convention opte en effet pour une approche asymétrique en ce qu'elle "identifie un groupe à protéger - les femmes - et pas un critère de discrimination prohibée"²⁹⁰.

Concernant la représentation des femmes en politique, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies s'est exprimé sur la question en affirmant que "les États devraient veiller à [...] prendre des mesures efficaces et positives pour promouvoir et garantir la participation des femmes aux affaires publiques et leur accès aux emplois publics, y compris des mesures préférentielles"²⁹¹.

Par ailleurs, des obligations internationales imposent aux États de collecter des statistiques basées sur le sexe dans le but de lutter contre les discriminations et les inégalités dont sont victimes les femmes, ces statistiques constituant un élément clef pour le recours aux actions positives²⁹². Il s'agit notamment de la recommandation n°28 du Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes²⁹³ et de l'Objectif stratégique H.3 de la Plateforme d'action de Pékin (lequel a donné lieu à une loi fédérale belge du 12 janvier 2007²⁹⁴).

²⁸⁸ 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. 512.

²⁸⁹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, pp. 31 et 33.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 31.

²⁹¹ Observation générale n°28 du Comité des droits de l'Homme sur l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 29 mars 2000, https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CDH_Observation_Generale_28_2000_FR.pdf.

²⁹² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 30.

²⁹³ Recommandation générale n°28 du Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes 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, 16 décembre 2010, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement>.

²⁹⁴ Loi du 12 janvier 2007 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, p. 7027.

CHAPITRE 2. Le droit du Conseil de l'Europe

Au niveau du Conseil de l'Europe, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme contient l'interdiction des discriminations. D'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de cet article 14 ne peut être déduit aucune obligation positive pour les États d'adopter des mesures d'action positive visant à progresser vers une égalité matérielle²⁹⁵. En revanche, si une telle mesure est adoptée par un État, la Cour ne considère pas cela incompatible avec l'article 14 de la Convention²⁹⁶, à condition que cela se justifie objectivement et raisonnablement par des "considérations très fortes" et que le recours à ce traitement différencié soit proportionné à l'objectif poursuivi²⁹⁷.

Les actions positives sont également autorisées dans le contexte de la Charte sociale européenne²⁹⁸. Il a notamment été précisé par le Comité européen des droits sociaux que "le droit interne des Parties ne peut être conçu de manière à exclure les mesures d'action positive en faveur d'un sexe si cela est rendu nécessaire par la situation du moment"²⁹⁹.

Concernant la représentation des femmes en politique, l'OSCE et la Commission de Venise ont considéré que les "quotas électoraux visant à favoriser l'égalité des sexes" constituaient "une mesure appropriée et légitime en vue d'accroître la représentation des femmes au Parlement"³⁰⁰.

CHAPITRE 3. Le droit de l'Union européenne

Dans le droit de l'Union européenne, le recours aux actions positives est autorisé par une série de dispositions dans différents domaines³⁰¹. En matière d'emploi, le TFUE prévoit en

²⁹⁵ P.-J. PARARAS, "La réticence européenne au regard des discriminations positives", in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 460.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023), §78 ; Cour eur. D.H., arrêt Stec e.a. c. Royaume-Uni du 12 avril 2006, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023), §§51 et 52.

²⁹⁸ D. ROMAN, "La Charte sociale européenne et les droits des femmes", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 155.

²⁹⁹ Observation interprétative du Comité européen des droits sociaux sur l'article 1 du Protocole additionnel, 30 septembre 1997, https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-5_Ob_-1/Ob/EN.

³⁰⁰ Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise, 15 et 16 octobre 2010, <https://www.osce.org/files/f/documents/9/b/91398.pdf>, p. 29.

³⁰¹ Par ex. dans le domaine de l'accès aux biens et aux services voy. Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O.U.E., 21 décembre 2004, L 373, p. 37, art. 6.

son article 157, §4³⁰² que “pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle”³⁰³. De la même manière, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit, en son article 23, que le principe d'égalité "n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté”³⁰⁴.

Une recommandation du Conseil du 13 décembre 1984³⁰⁵, bien que n'ayant pas valeur contraignante, évoque expressément les "actions positives" et en recommande l'adoption par les États, afin d'éliminer "les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle" et de "compenser les effets préjudiciables [...] résultant d'attitudes, de comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société”.

Dans le cadre du droit de l'Union, les actions positives ont été interprétées depuis 1976³⁰⁶ comme étant une exception au principe de non-discrimination, et non pas comme faisant partie intégrante du principe d'égalité de traitement³⁰⁷. Notons également que l'adoption de telles mesures positives par les États membres est encouragée, mais ces derniers n'y sont toutefois pas légalement tenus³⁰⁸.

³⁰² Renvoyant à cet article 157, §4 du TFUE, l'article 3 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail autorise les États à recourir à des “mesures positives” afin d'assurer une égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle. Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, 26 juillet 2006, L 204, p. 23.

³⁰³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 157 §4.

³⁰⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000, art. 23, alinéa 2.

³⁰⁵ Recommandation 84/635/EEC du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, *J.O.U.E.*, 19 décembre 1984, L 331, p. 34.

³⁰⁶ Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.U.E.*, 14 février 1976, L 39, p. 40.

³⁰⁷ Traduction libre de C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 53.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 55 ; P.-J. PARARAS, *op. cit.*, p. 459.

En outre, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est qualifiée de restrictive concernant les critères selon lesquels les actions positives peuvent être considérées comme conformes au principe d'égalité et de non-discrimination³⁰⁹. En matière d'égalité entre femmes et hommes dans l'emploi, elle admet effectivement que différentes formes d'action positive soient compatibles avec le droit de l'Union, pour autant qu'il existe une "clause d'ouverture"³¹⁰. Une "règle nationale qui oblige à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité" où les femmes sont sous-représentées est donc validée par la Cour, à condition qu'elle garantisse "aux candidats masculins ayant une qualification égale [...] que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin"³¹¹.

Autrement dit, la Cour condamne les "discriminations positives", c'est-à-dire les mesures visant "à donner une priorité absolue et inconditionnelle aux membres d'un groupe défavorisé, tandis que les membres qui ne sont pas issus de ce groupe subiront une véritable discrimination en sens inverse mais qui sera justifiée par le souci de restaurer l'égalité au profit du groupe protégé"³¹².

CHAPITRE 4. Le droit belge

Bien qu'y étant encouragée, la Belgique n'est en soi pas obligée d'adopter des mesures d'action positive, ni par le droit du Conseil de l'Europe, ni par le droit de l'Union européenne. Dans le cadre de la Convention CEDAW, elle pourrait cependant y être contrainte dans certaines circonstances³¹³ (voy. *supra*, chapitres 1, 2 et 3, cette partie).

Or, il s'avère que le cadre législatif belge admet l'instauration de ces mesures, voire l'impose dans certains cas (section 1). Il est toutefois critiquable au regard de la Convention CEDAW (section 2) ainsi qu'au regard de la reconnaissance juridique du genre non binaire (section 3).

³⁰⁹ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 325.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 326.

³¹¹ Arrêt Marschall, C-409/95, EU :C :1997 :533, §§ 33 et 35 ; Arrêt Badeck, C-158/97, EU :C2000 :163, §23.

³¹² C. HOREVOETS et S. VINCENT, *op. cit.*, p. 65 ; Arrêt Kalanke, C-450/93, EU :C :1995 :322 ; Arrêt Badeck, C-158/97, EU :C2000 :163, §23.

³¹³ Recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCEDAW%2FGEC%2F3733&Lang=fr, §24 ; I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 329.

Section 1. La législation en vigueur

Dans cette section, nous nous pencherons sur la législation en vigueur concernant le recours aux actions positives en droit belge, d'abord dans le cadre de la Constitution (sous-section 1), ensuite dans le cadre de la loi "genre" du 10 mai 2007 et de l'arrêté royal du 11 février 2019³¹⁴ (section 2).

Sous-section 1. La Constitution belge

Les "inégalités correctrices"³¹⁵ font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité strict dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³¹⁶. Elles sont jugées conformes aux articles 10 et 11 de la Constitution si elles "visent précisément à remédier à une inégalité existante"³¹⁷ et si elles répondent à quatre conditions cumulatives ; il doit exister une inégalité manifeste, la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir, les mesures doivent être de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif est atteint, et elles ne doivent pas restreindre inutilement les droits d'autrui³¹⁸.

Depuis 2002, les mesures d'action positive bénéficient d'un "ancrage constitutionnel explicite" concernant les mandats électifs et publics³¹⁹. Plus qu'une simple faculté, l'article 11*bis* de la Constitution impose aux législateurs compétents de garantir "aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés", et de favoriser "notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics", en recourant au besoin à des actions positives fondées sur le critère du sexe³²⁰. Une mixité au sein des organes exécutifs du pays est en outre exigée³²¹. Toutefois, les actions positives adoptées en vertu de l'article 11*bis* sont encore soumises au respect strict des conditions tirées de la jurisprudence antérieure à l'adoption de cette disposition³²².

³¹⁴ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031 ; Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

³¹⁵ Terminologie utilisée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 330.

³¹⁶ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 734.

³¹⁷ C.C., 27 janvier 1994, n°9/94, B.6.2.

³¹⁸ *Ibid.* ; C.C. 22 octobre 2015, n° 145/2015, B.10.1.

³¹⁹ Const., art. 11*bis* ; I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 349.

³²⁰ *Ibid.*, p. 330 ; Const., art. 11*bis* ; E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 734.

³²¹ J. PIERET, "La Constitution a-t-elle un sexe?", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 73.

³²² E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 734 ; C. NENNEN, "L'article 11*bis* de la Constitution ou la traduction d'une préférence abstraite du Constituant en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes", *A.P.*, 2018, p. 418.

En exécution de cette obligation imposée par le Constituant, différentes lois³²³ requièrent une parité des sexes sur les listes de candidats aux élections, ainsi que "la présence d'un candidat de chaque sexe aux deux premières places de la liste ainsi confectionnée"³²⁴.

Enfin, depuis la Sixième Réforme de l'État, l'article 67 de la Constitution prévoit en son paragraphe 3 que "le Sénat ne compte pas plus de deux tiers de sénateurs du même genre"³²⁵.

Sous-section 2. La loi "genre" du 10 mai 2007 et l'arrêté royal du 11 février 2019³²⁶

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes³²⁷ constitue la transposition de certaines directives européennes adoptées depuis le début des années 2000³²⁸.

En vertu de l'article 16 de la loi, il n'est pas question de discrimination si la différence de traitement soulevée est une mesure d'action positive³²⁹. Dans le droit-fil du droit de l'Union européenne, les actions positives sont donc autorisées en tant qu'exceptions au principe d'égalité et de non-discrimination³³⁰ et sont définies comme étant des "mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés au sexe, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique"³³¹.

³²³ Voy. notamment : Loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, *M.B.*, 25 mars 1989, p. 5321, art. 21bis ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis ; Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434, art. 28 ; Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, *M.B.*, 14 janvier 1989, p. 667, art. 16bis.

³²⁴ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 349 ; E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 727.

³²⁵ S. WATTIER, *op. cit.*, p. 393 ; Const., art. 67, §3.

³²⁶ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031 ; Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

³²⁷ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.

³²⁸ Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.U.E.*, 5 octobre 2002, L 269, p. 15 ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.U.E.*, 21 décembre 2004, L 373, p. 37 ; S. GANTY et S. VINCENT, "Discrimination sur la base du genre en droit belge : un aperçu de la loi 'genre' du 10 mai 2007", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 89.

³²⁹ S. GANTY et S. VINCENT, *op. cit.*, p. 92.

³³⁰ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 325 ; Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

³³¹ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031, art. 5, 11°.

En sus de la conception restrictive importée du droit de l'Union européenne, le législateur a repris les quatre conditions énoncées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³³² (voy. *supra*, sous-section 1, cette section).

Le paragraphe 3 de l'article 16 exige, en outre, qu'un arrêté détermine les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre. Il s'agit, au niveau fédéral, de l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive applicables au secteur privé, lequel définit cette notion comme étant 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"³³³. En vertu de cet arrêté royal, un plan d'actions positives peut être établi par convention collective de travail ou par acte d'adhésion, mais il doit être soumis pour approbation au ministre qui a l'emploi dans ses attributions dans les deux cas³³⁴.

Section 2. Les mesures d'action positive en Belgique au regard de la Convention CEDAW

Par leur "mise en œuvre davantage interventionniste du principe d'égalité"³³⁵, les actions positives présentent l'avantage de pallier en partie les faiblesses de l'égalité formelle. Contrairement à cette dernière, l'égalité substantielle visée par les mesures d'action positive "ne nécessite pas de comparateur, elle met l'accent sur les résultats et elle tient compte des dimensions de groupe"³³⁶.

Toutefois, conformément au droit du Conseil de l'Europe et au droit de l'UE, la place que le droit belge réserve aux actions positives n'est que celle de l'*exception* au principe d'égalité, devant répondre à des conditions strictes afin d'être considérées conformes à la législation en vigueur. La conception belge des actions positives est d'ailleurs encore plus restrictive que le prescrit du droit européen, en ce qu'elles doivent répondre à quatre conditions

³³² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031, art. 16, §2.

³³³ Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

³³⁴ Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169, art. 4 et 6.

³³⁵ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 726.

³³⁶ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *État des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, 2017, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/103_-_etat_des_lieux_loi_genre.pdf (date de dernière consultation: 14 octobre 2022).

supplémentaires, mentionnées ci-dessus³³⁷. L'arrêté royal du 11 février 2019 ajoute également quelques conditions à respecter par les entreprises dans l'élaboration d'un plan d'action positive (voy. *supra*, chapitre 4, section 1, sous-section 2, cette partie).

Cette position nettement plus étroite et sévère³³⁸ que celle de la Convention CEDAW (voy. *supra* partie I, chapitre 4, section 3), pourrait expliquer en partie le développement modeste des actions positives en Belgique³³⁹. En effet, bien que des quotas de genre obligatoires aient été instaurés, cela ne concerne que certains secteurs bien déterminés³⁴⁰, en dehors desquels l'adoption de mesures d'action positive "est laissée à l'initiative des acteurs concernés"³⁴¹ devant être attentifs au respect des conditions rigoureuses imposées en la matière. À titre d'exemple, dans le secteur privé seulement cinq plans d'actions positives ont été élaborés et approuvés à l'échelle nationale dans le cadre de l'arrêté royal du 11 février 2019, entré en vigueur en mars 2019³⁴².

Limitée par le cadre du présent travail, nous renvoyons à d'autres travaux pour un examen plus détaillé du développement des actions positives en Belgique³⁴³.

Section 3. Les mesures d'action positive en Belgique au regard de la reconnaissance juridique du genre non binaire

Tel qu'expliqué précédemment (voy. *supra*, partie II, chapitre 4, section 1), en Belgique le sexe d'une personne est déterminé à sa naissance par une "mention dans l'acte de naissance, à l'état civil, reproduite ensuite sur les documents d'identité"³⁴⁴. Or, les dispositions prévoyant l'instauration d'actions positives se réfèrent précisément à l'appartenance *sexuelle* de leurs bénéficiaires³⁴⁵ et "reposent sur une construction *binaire*"³⁴⁶. En effet, ces articles envisagent

³³⁷ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031, art. 16 §2.

³³⁸ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 730.

³³⁹ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 353.

³⁴⁰ Il s'agit de "mandats électifs et exécutifs, certains mandats publics et certains mandats d'administrateur". *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² BRUPARTNERS, *Avis d'initiative. Plans d'actions positives*, adopté par assemblée plénière du 19 mai 2022, <https://www.brupartners.brussels/sites/default/files/advice/A-2022-027-BRUPARTNERS-FR.pdf> (date de dernière consultation: 8 août 2023).

³⁴³ Voy. notamment I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.* ; E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*

³⁴⁴ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 739.

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Nous soulignons. M. VERDUSSEN, "La place du genre dans la Constitution belge", in *Individu, Famille et Etat: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine* (sous la dir. de N. DANDROY et al.), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 250.

une communauté bisexuelle, imposant notamment la "parité des sexes"³⁴⁷, "la présence d'un candidat de chaque sexe aux deux premières places de la liste"³⁴⁸, la "représentation des deux genres au sein du Sénat"³⁴⁹,... Ainsi, la situation des personnes non binaires est doublement ignorée.

Premièrement, le sexe est utilisé comme critère d'identification des bénéficiaires d'actions positives, à l'exception de l'article 67, §3 de la Constitution qui se base sur le genre. Cette référence au genre est assez curieuse étant donné qu'en "l'état actuel du droit belge, aucune information ne figure sur la carte d'identité ou sur quelque document officiel que ce soit concernant le genre de la personne"³⁵⁰. Entre confusion terminologique ou anticipation "d'une réalité juridique future"³⁵¹, il est permis de douter quant à l'interprétation qui doit être donnée à l'article 63, §3. En tout état de cause, la reconnaissance des personnes non binaires impliquerait de ne plus faire référence au sexe des personnes car, renvoyant aux caractéristiques biologiques, cette référence exclut nécessairement les personnes dont l'identité de genre vécue intimement ne correspond ni à leur propre sexe, ni à l'unique autre sexe reconnu en droit belge. Il conviendrait donc de se référer au "genre" ou à "l'identité de genre", puisque ce qui est pertinent dans le cadre de l'identification de bénéficiaires de mesures d'action positive est la manière dont les personnes s'identifient et perçoivent leur rôle social³⁵² et non pas leur sexe enregistré par l'État et défini selon des paramètres scientifiques (chromosomique, gonadique, hormonal, génital, ...) ³⁵³.

Deuxièmement, seulement deux catégories de personnes sont envisagées : les hommes et les femmes. Or, cela ne prend à nouveau pas en considération les personnes de genre non binaire. Nous verrons qu'il est possible de continuer à mettre en œuvre des mesures d'action positive visant à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes, même si le droit belge sortait de la catégorisation binaire actuelle du sexe (notamment en supprimant l'enregistrement civil du sexe ou en créant de nouvelles catégories) (voy. *infra*, partie IV).

Dans cette perspective, le rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 11 février 2019 définit les actions positives comme des "mesures visant un groupe 'défavorisé', dont les

³⁴⁷ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 727 ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis.

³⁴⁸ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 349 ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis, al. 2.

³⁴⁹ S. WATTIER, *op. cit.*, p. 393 ; Const., art. 67, §3.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 396.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 397.

³⁵² N. GALLUS, *op. cit.*, p. 258.

³⁵³ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 266.

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, de sorte que ce groupe puisse participer pleinement au processus de travail"³⁵⁴. Une telle formulation semble répondre à la fois aux droits des femmes et des personnes non binaires. En effet, de cette manière, l'action positive pourrait se baser sur un autre critère que celui du sexe (par exemple sur l'identité de genre). En outre, le fait de se référer à un groupe désavantagé en lien avec un critère protégé permet une méthode d'identification plus neutre³⁵⁵ ouvrant le champ des possibles ; tout en gardant la possibilité de viser en particulier les personnes de genre féminin, l'on peut également viser un autre groupe victime de désavantages en lien avec un critère protégé, tel que des personnes dont le genre est non binaire (voy. *infra*, partie IV, chapitre 4).

PARTIE IV. L'articulation de la reconnaissance juridique du genre non binaire et des actions positives visant à garantir l'égalité entre les hommes et les femmes : différentes pistes de conciliation

Si le législateur décide de réformer le système d'enregistrement civil du sexe, cela engagerait une "réflexion de grande ampleur sur de nombreux aspects du droit belge [...] qui présentent une dimension genrée"³⁵⁶. Il lui faudra résoudre différentes questions juridiques, notamment comment envisager les mesures d'actions positives visant à garantir l'égalité entre les hommes et les femmes. En effet, ces dispositifs d'actions positives fonctionnent sur la base d'une catégorisation par le genre/sexe³⁵⁷, qu'il s'agirait précisément d'abandonner ou d'ouvrir à de nouvelles catégories.

À la lumière de notre étude de la reconnaissance du genre non binaire et des actions positives dans différents ordres juridiques supranationaux et régionaux, ainsi qu'en droit interne belge, il convient à présent d'envisager les différentes pistes de conciliation possibles entre ces deux problématiques et de les évaluer au prisme des six approches suivantes³⁵⁸ : les différentes positions adoptées parmi la doctrine ; les théories féministes ; le dilemme de la différence de

³⁵⁴ Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

³⁵⁵ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 112.

³⁵⁶ G. WILLEMS, "La Cour constitutionnelle exige que les personnes dont le genre est 'non-binaire' ou 'fluide' soient reconnues par le droit", 4 novembre 2019, <https://www.justice-en-ligne.be/La-Cour-constitutionnelle-exige> (date de dernière consultation: 13 octobre 2022), §8.

³⁵⁷ M. PETERS, "La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu", note sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *R.G.D.C.*, 2020, liv. 6, p. 363.

³⁵⁸ Voy. *infra*, annexes 1, 2, 3 et 4.

Martha Minow ; le droit international ; le droit du Conseil de l'Europe ; et le droit de l'Union européenne.

Suite à nos recherches, nous proposons quatre hypothèses permettant de concilier la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les mesures d'action positive poursuivant l'égalité des genres : la possibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexospécifiques malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre (chapitre 1), l'identification des bénéficiaires d'actions positives, indépendamment d'un enregistrement du sexe/genre à l'état civil (chapitre 2), la flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre (chapitre 3), la création d'actions positives pour les minorités de genre (chapitre 4).

Chacune des quatre hypothèses sera étudiée au regard de nos six approches susmentionnées. Cette analyse se trouve résumée aux annexes 1, 2, 3 et 4.

CHAPITRE 1. La possibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexospécifiques malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre

Si le législateur belge venait à supprimer l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, il ne serait pas pour autant impossible d'établir des statistiques de genre³⁵⁹. En effet, des statistiques peuvent être récoltées sur la base d'autres critères de discrimination tels que la race ou l'origine ethnique, alors même que ces données ne font pas l'objet d'un enregistrement à l'état civil, ni ne sont mentionnées sur les documents d'identité³⁶⁰.

Un rapport sur la récolte de données relatives aux personnes LGBTQIA+ observe par exemple que dans les pays de l'Union européenne, la majorité de ces données sont recueillies à l'aide d'enquêtes et d'interviews basées sur l'auto-identification des participants sur le plan de l'identité de genre³⁶¹. Ces questionnaires doivent veiller à tenir compte de la diversité d'identités de genre et des termes utilisés pour s'y référer³⁶². Il est d'ailleurs constaté que de plus en plus d'enquêtes demandent le sexe d'une personne à l'aide d'une question à choix multiple ; "homme", "femme" et "autre: ...", cette dernière option ouverte permettant aux personnes qui le souhaitent de s'auto-identifier³⁶³.

³⁵⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 50.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 41.

³⁶¹ M. BELL, *Data collection in relation to LGBTI People*, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation: 8 août 2023), p. 16.

³⁶² *Ibid.*, p. 18.

³⁶³ M. BELL, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, Bruxelles, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation: 8 août 2023), p. 14.

Tel que mentionné précédemment (voy. *supra*, partie I, chapitre 3, section 2), certaines féministes reprochent à la dégenrison du droit de dépourvoir le système des outils nécessaires (les catégories sexuelles) à la lutte contre les inégalités fondées sur le genre. Nous pensons cependant que malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, le droit peut rester apte à lutter contre les discriminations dont les femmes sont victimes, notamment car il sera toujours possible de collecter des données basées sur le sexe/genre et d'identifier les femmes d'une autre manière que via la mention "F" inscrite à l'état civil³⁶⁴. L'auto-identification est une méthode qui pourrait tout autant servir cet objectif de collecte d'informations statistiques et qui serait plus respectueuse du droit à l'autodétermination³⁶⁵ (voy. *infra*, chapitre 2, cette partie).

Cette hypothèse permettrait de rester sensible aux différences - grâce à la prise en compte de données ventilées selon le genre - tout en évitant la stigmatisation et la marginalisation des personnes non binaires qu'entraîne l'enregistrement du genre à l'état civil, qu'il soit binaire ou constitué d'une troisième catégorie "X"³⁶⁶.

Enfin, l'abandon de l'enregistrement du sexe/genre est encouragé par le droit international et donnerait effet au droit à la reconnaissance effective de l'identité de genre des personnes non binaires, lequel a également été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁶⁷. Cette piste de conciliation serait également conforme à l'obligation internationale imposée à la Belgique de "créer des bases de données statistiques, les améliorer en continu, et analyser toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et, en particulier, les femmes appartenant à certains groupes vulnérables"³⁶⁸.

³⁶⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 41.

³⁶⁵ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, "Legal Gender Beyond the Binary", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2019, vol. 33, n°3, p. 421 ; P. CANOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 47.

³⁶⁶ D. INNERARITY, *op. cit.*, p. 138.

³⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

³⁶⁸ Recommandation générale n°28 du Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes 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, 16 décembre 2010, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement>, §10.

CHAPITRE 2. L'identification des bénéficiaires d'actions positives, indépendamment d'un enregistrement du sexe/genre à l'état civil

Selon les dires de P. Cannoot et M. Decoster, il existe de nombreuses options à la disposition des États afin de continuer à lutter contre la discrimination fondée sur le genre, sans pour autant contraindre les individus à s'identifier et être enregistrés conformément au système cisnormatif ancré dans notre culture³⁶⁹. Dans la même veine, D. Cooper et F. Renz postulent qu'une réforme du système actuel pour que le genre cesse d'être certifié par l'État ne signifie pas que ce dernier abandonne nécessairement toute reconnaissance du genre en tant que relation d'inégalité³⁷⁰. En effet, la reconnaissance du genre non binaire ne rendrait pas inapplicables les lois qui exigeraient, par exemple, qu'une assemblée ou un conseil d'administration comprenne une ou plusieurs femmes qui s'identifient comme telles³⁷¹.

En pratique, que le législateur belge décide de supprimer l'enregistrement du sexe/genre ou non, il existe différentes manières d'identifier les bénéficiaires d'actions positives. Par exemple, lorsqu'une mesure d'action positive désigne "les femmes" comme bénéficiaires de cette mesure, il peut être recouru à une méthode objective ou une méthode subjective afin d'identifier une personne comme étant une femme³⁷². L'appartenance au groupe de bénéficiaires peut, en effet, être objectivement déterminée soit par le sexe attribué à la naissance et enregistré à l'état civil et sur les documents d'identité, soit par un autre organisme ou une autre personne que la personne elle-même, tel que l'employeur³⁷³. Mais une autre approche subjective, adoptée par Malte et les Pays-Bas, est également possible, par laquelle une personne revendique elle-même être membre du groupe de bénéficiaires de la mesure positive³⁷⁴.

Cette méthode subjective semble en accord avec la perspective du féminisme post-moderne en ce qu'elle permet de tenir compte du vécu de chaque personne et "bouscule les catégories classiques de la pensée juridique"³⁷⁵. En effet, les individus ne seraient pas classés en catégories bénéficiant ou ne bénéficiant pas de la mesure d'action positive selon leur sexe

³⁶⁹ P. CANNOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 47.

³⁷⁰ D. COOPER ET F. RENZ, "If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?", *Journal of Law and Society*, décembre 2016, vol. 43, n°4, p. 488.

³⁷¹ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 953.

³⁷² C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 114.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.* p. 746 ; M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 20.

juridique, mais chaque personne pourrait s'identifier ou non au groupe désavantagé visé par la mesure positive en question selon son identité de genre vécue intimement.

L'auto-identification est également soutenue par d'autres auteurs³⁷⁶. Ceux-ci soutiennent, d'une part, que cette méthode est commandée par le respect du droit à l'autodétermination concernant l'identité de genre³⁷⁷, découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁷⁸. D'autre part, ils estiment que ce qui est pertinent dans l'attribution d'actions positives n'est pas le genre tel qu'il est légalement enregistré, mais bien la façon dont les personnes s'identifient comme appartenant au groupe visé, par exemple au groupe "femmes"³⁷⁹.

La critique qui est toutefois adressée à l'auto-identification est celle de la "vulnérabilité à la fraude". Il est à noter, néanmoins, que la procédure actuellement en vigueur de changement de genre à l'état civil n'offre pas plus de garanties contre la fraude à l'identité³⁸⁰. La probabilité qu'un homme s'identifie en tant que femme dans le seul but de bénéficier d'une mesure positive visant les femmes est en outre relativement faible³⁸¹, étant donné les conséquences sociales que cela entraînerait pour cet homme. Aucune preuve de ce type de fraude n'a d'ailleurs été rapportée dans les ordres juridiques qui autorisent déjà l'autodétermination du genre (dans un système binaire)³⁸².

Si nous prenons la perspective adoptée par Martha Minow et son dilemme de la différence, nous pensons trouver un équilibre dans cette piste de conciliation. D'une part, la suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil réduirait la stigmatisation des personnes non binaires, pointées du doigt comme étant "X" ou "autres" par rapport à la norme binaire homme-femme. D'autre part, les actions positives permettraient toutefois de rester sensible aux discriminations de genre dont les personnes non binaires, mais également les femmes, sont l'objet.

³⁷⁶ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 268 ; P. CANNOOT, "Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", in *Recht & Gender in België - 10 jaar later*, (sous la dir. De E. BREMS, P. CANNOOT et L. STEVENS), Brugge, die Keure, 2021, p. 551.

³⁷⁷ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 268.

³⁷⁸ COMITÉ DIRECTEUR SUR L'ANTI-DISCRIMINATION, LA DIVERSITÉ ET L'INCLUSION DU CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, § 20.

³⁷⁹ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 420.

³⁸⁰ P. CANNOOT, "Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", *op. cit.*, p. 551.

³⁸¹ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 421.

³⁸² *Ibid.*

Enfin, une telle réforme serait en conformité avec les droits international, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. En effet, bien que ces mesures positives doivent continuer de répondre aux exigences imposées au niveau régional et importées en droit belge, aucune de ces législations ne s'opposent toutefois à une telle réforme, car la possibilité d'instaurer des actions positives visant à accélérer l'égalité de fait entre les hommes et les femmes serait maintenue³⁸³.

CHAPITRE 3. La flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre

Si le législateur n'optait pas pour la voie d'une suppression de l'enregistrement, le rapport réalisé par l'*Equality Law Clinic* soutient qu'une triple démarche s'imposerait toutefois à lui en vertu des droits fondamentaux³⁸⁴.

Premièrement, le rapport recommande de mettre en question la légitimité des buts poursuivis par cet enregistrement. Nous l'avons vu *supra*, certains auteurs, mais également le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe³⁸⁵, soutiennent qu'il conviendrait de s'interroger sur les domaines et les situations où l'identification du sexe juridique est pertinente et proportionnée à l'objectif poursuivi³⁸⁶. L'idée serait de minimiser "autant que possible le dévoilement inopiné et inutile de l'identité sexuelle"³⁸⁷. Des experts de l'Université de Gand proposent par exemple de réduire l'utilité de l'enregistrement du sexe à des fins médicales et de consigner ces informations dans un dossier électronique confidentiel³⁸⁸.

Deuxièmement, chaque personne devrait pouvoir s'identifier à l'une des catégories prévues, conformément à son identité de genre. Ces catégories, accessibles à l'ensemble des citoyens, doivent être définies en concertation avec les personnes concernées et les associations LGBTQIA+³⁸⁹. Si d'aucuns s'opposent à la création d'une unique catégorie additionnelle (voy. *supra*, partie II, chapitre 5, section 2), de nombreux organismes régionaux et internationaux soutiennent toutefois l'instauration de plusieurs catégories supplémentaires³⁹⁰.

³⁸³ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 18 décembre 1979, art. 4.

³⁸⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁵ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, recommandation n°4, p. 9.

³⁸⁶ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

³⁸⁷ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 920.

³⁸⁸ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 271

³⁸⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 42 et 55.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 55.

Parmi les options de genre mises à la disposition des citoyens, une catégorie ouverte pourrait être prévue en Belgique, à l'instar de la Tasmanie dont la législation prévoit deux catégories de ce type. En Tasmanie, une personne peut, en effet, enregistrer son genre par le biais d'un mot ou une phrase utilisée pour indiquer qu'elle se perçoit comme n'étant ni entièrement masculine, ni entièrement féminine³⁹¹.

L'enregistrement du genre pourrait, en sus, dépendre de la volonté de la personne concernée ; les personnes non binaires auraient par exemple le choix d'inscrire leur identité de genre à l'état civil (par exemple par la mention "non binaire" ou par un mot choisi par chaque personne concernée dans le cadre d'une catégorie ouverte) (*opt in*) ou de demander à ce qu'une telle mention soit omise des registres ("néant" ou "/") (*opt out*), comme le propose G. Willems³⁹².

Troisièmement, l'indication de l'identité de genre sur les documents d'identité doit être interrogée tant au niveau de la légitimité du but poursuivi, de la nécessité que de la proportionnalité³⁹³. Ainsi que nous le mentionnons *supra*, la suppression du sexe juridique sur les documents d'identité contribuerait à simplifier le quotidien des personnes de genre non binaire³⁹⁴. Cette mesure, autorisée par le droit de l'Union européenne³⁹⁵ et encouragée par le droit international³⁹⁶, va par ailleurs être mise en œuvre en Belgique, d'après une note de politique générale du 29 octobre 2021 (voy. *supra*, partie II, chapitre 5, section 1).

La flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre a l'avantage de permettre la reconnaissance des personnes de genre non binaire, tout en satisfaisant à la volonté des personnes cisgenres ou transgenres d'avoir leur sexe/genre officiellement reconnu. En outre, d'une part, la conservation de catégories d'identité de genre ne mettrait pas en cause la mise en œuvre d'actions positives visant à remédier aux inégalités de genre. D'autre part, la création de plusieurs catégories additionnelles participerait à la lutte contre le cadre patriarcal et

³⁹¹ Traduction libre de Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act, 8 mai 2019, <https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/asmade/act-2019-007>, art. 3A.

³⁹² G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 919.

³⁹³ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

³⁹⁴ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

³⁹⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 29.

³⁹⁶ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 31, A.

l'organisation genrée, dualiste et hiérarchique (m>f) de la société, à travers lesquels les femmes, mais également les personnes non binaires, sont opprimées³⁹⁷.

Rappelons toutefois que la suppression de l'enregistrement de la mention du sexe/genre à l'état civil reste la mesure la plus conforme au droit à l'autodétermination d'après le rapport de l'*Equality Law Clinic*³⁹⁸ et le groupe d'experts de l'Université de Gand³⁹⁹.

CHAPITRE 4. La création d'actions positives pour les minorités de genre

Si les personnes dont le genre ne répond pas aux catégories binaires "M" et "F" sont reconnues en droit belge, la création de mesures positives tenant compte des personnes non binaires pourrait être une piste de réflexion. La reconnaissance du genre non binaire impliquerait, en effet, une protection contre la discrimination dans différents domaines tels que l'emploi et l'éducation⁴⁰⁰. Pour ce faire, les actions positives présentent l'avantage de viser une égalité substantielle et d'ainsi remédier aux désavantages de l'égalité formelle⁴⁰¹.

Une telle protection est d'ores et déjà préconisée par les principes de Jogjakarta⁴⁰². En outre, du principe 2 peut être déduite la recommandation aux États d'adopter des mesures d'action positive visant à garantir "une jouissance ou un exercice égal des droits humains" des personnes aux identités de genre diverses⁴⁰³. Cela permettrait de donner davantage d'effectivité au droit à l'identité de genre et au développement personnel consacré par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰⁴.

La Cour constitutionnelle belge a, par ailleurs, précisé dans son arrêt n°99/2019 que l'adoption de "mesures visant à lutter contre des différences de traitement fondées sur une identité de genre non binaire" n'était pas contraire à la Constitution, plus précisément ses articles 10, alinéa 3 et 11bis⁴⁰⁵.

³⁹⁷ M. A. GILBERT, *op. cit.*, p. 94.

³⁹⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 28.

³⁹⁹ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁰⁰ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

⁴⁰¹ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *État des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, *op. cit.*

⁴⁰² 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 2.

⁴⁰³ *Ibid.*, principe 2.

⁴⁰⁴ P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁵ C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, B.6.6.

Dès lors, ces mesures pourraient être mises en œuvres par le biais d'une formulation similaire à celle de l'arrêté royal du 11 février 2019 (voy. *supra*, partie III, chapitre 4, section 3). Il conviendrait, en effet, d'utiliser un critère protégé afin de définir le groupe bénéficiaire de l'action positive en question⁴⁰⁶. Ces mesures seraient alors justifiées par l'existence de désavantages subis par un groupe, en lien avec un critère protégé⁴⁰⁷. Non seulement cela éviterait l'essentialisation reprochée aux féministes de la différence⁴⁰⁸ ; les femmes ne seraient pas bénéficiaires d'actions positives car elles correspondent à certaines caractéristiques inhérentes à la nature du sexe féminin, mais parce qu'elles sont désavantagées socialement en tant que groupe sur la base de leur identité de genre (critère protégé). Mais cela permettrait, en outre, d'inclure des minorités de genre ainsi désavantagées, notamment les personnes non binaires.

Fonder ces mesures sur la base de désavantages objectivement constatés, notamment par le recours à des informations statistiques, contrerait l'argument selon lequel les actions positives stigmatisent les personnes appartenant à telle ou telle catégorie, pointant leurs différences du doigt⁴⁰⁹. Des femmes bénéficieraient de certaines de ces mesures non pas car elles sont "femmes" - et identifiées comme telle dans les registres de l'état civil - mais parce qu'elles sont victimes de désavantages scientifiquement constatés, sur la base de leur identité de genre.

Ces mesures seraient combinées avec la méthode de l'auto-identification⁴¹⁰, ou à tout le moins, se fonderaient sur l'identité de genre - qu'elle soit auto-déclarée ou enregistrée - et non pas sur le sexe des personnes, afin de donner à la reconnaissance du genre non binaire son entière effectivité (voy. *supra*, partie III, chapitre 4, section 3).

Un exemple d'action positive permettant d'inclure les personnes non binaires pourrait être formulé ainsi : en se fondant sur des données ventilées selon le genre, nous pourrions

⁴⁰⁶ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

⁴⁰⁷ Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

⁴⁰⁸ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁴¹⁰ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 745 ; P. CANNOOT, "Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", *op. cit.*, p. 550.

constater que certaines personnes sont désavantagées sur la base de leur genre dans l'accès aux conseils d'administration des sociétés cotées en bourse. Dans ce cas, un quota pourrait, par exemple, prévoir "qu'un maximum de 2/3 des sièges dans les conseils d'administration puissent être occupés par des personnes ayant la même identité de genre"⁴¹¹.

Pour d'autres exemples de mesures d'action positive tenant compte du genre non binaire, et plus particulièrement en droit électoral belge, nous renvoyons au travail d'E. Crosset Dechany⁴¹².

CONCLUSION

Si certains auteurs identifient des contradictions entre la reconnaissance juridique du genre non binaire et les mesures positives visant à progresser vers une égalité substantielle entre les hommes et les femmes, ces difficultés ne semblent cependant pas insurmontables, ainsi que le démontrent de nombreux auteurs.

Parmi les multiples solutions possibles qui ont été proposées afin de reconnaître légalement le genre non binaire, le présent travail retient quatre hypothèses permettant au législateur belge de rendre son texte conforme à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019, tout en conservant les actions positives poursuivant l'égalité des genres.

Ces hypothèses ont été analysées au prisme des six approches suivantes : les différentes positions adoptées parmi la doctrine scientifique/juridique ; les théories féministes ; le dilemme de la différence de Martha Minow ; le droit international ; le droit du Conseil de l'Europe ; le droit de l'Union européenne.

D'après les rapports d'experts, la suppression de l'enregistrement de la mention du sexe/genre à l'état civil constitue l'option la plus respectueuse du droit à l'autodétermination⁴¹³. Certaines féministes estiment, en outre, qu'une telle sortie de la binarité permettrait de s'attaquer aux causes profondes du statut inférieur des femmes dans la société et de combattre l'organisation patriarcale, genrée et hiérarchiquement dualiste (m>f), à travers laquelle les femmes mais également les minorités de genre sont opprimées⁴¹⁴.

⁴¹¹ Traduction libre de P. CANNOOT, "Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", *op. cit.*, p. 550.

⁴¹² E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*

⁴¹³ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267 ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 28.

⁴¹⁴ 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. 513 ; D. OTTO, *op. cit.*, p. 33 ; M. A. GILBERT, *op. cit.*, p. 94.

Si le législateur s'engage dans cette voie, nous avons vu que la **collecte de statistiques de genre et de données sexo-spécifiques** (voy. *infra*, annexe 1), imposée au niveau international, demeurerait réalisable à travers d'autres méthodes d'identification que la prise en compte du sexe inscrit à l'état civil. De cette manière, le droit resterait tout aussi apte à lutter contre les discriminations basées sur le genre et à récolter les données nécessaires pour le recours aux actions positives.

Si le législateur n'opte pas pour une telle suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, la reconnaissance du genre non binaire exige à tout le moins une triple démarche de **flexibilisation** (voy. *infra*, annexe 3)⁴¹⁵. Premièrement, il conviendrait de minimiser autant que possible l'identification du sexe juridique des personnes ; il a notamment été proposé de consigner la mention du sexe dans un dossier électronique confidentiel, réservé à l'usage médical⁴¹⁶. Deuxièmement, à défaut d'une suppression des catégories légales, le législateur devrait offrir la possibilité à chaque personne de s'identifier à l'une des catégories proposées. Pour ce faire, le droit à la reconnaissance légale de l'identité de genre⁴¹⁷ exige à tout le moins de créer de nouvelles catégories permettant de reconnaître les identités non binaires. À cela peuvent s'ajouter une catégorie ouverte "laissant l'indication du genre au libre choix de la personne concernée"⁴¹⁸, mais également une base volontaire permettant à chaque personne de choisir d'enregistrer son identité de genre ou de se soustraire à un tel enregistrement. Troisièmement, la mention du sexe/genre devrait être retirée des documents d'identité. À ce propos, le gouvernement fédéral a d'ores et déjà annoncé sa volonté de faire disparaître le marqueur de genre des cartes d'identité⁴¹⁹.

Dans l'hypothèse d'une suppression, comme dans l'hypothèse d'une flexibilisation de l'enregistrement du genre à l'état civil, non seulement il sera toujours possible **d'identifier les bénéficiaires d'actions positives poursuivant l'égalité des femmes et des hommes** (voy. *infra*, annexe 2), mais la **création de telles mesures pour les minorités de genre** pourrait également entrer en jeu (voy. *infra*, annexe 4).

⁴¹⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

⁴¹⁶ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 271.

⁴¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

⁴¹⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE ET H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 16 et 33.

⁴¹⁹ Note de politique générale, "Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité", 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n°55-2294/015, p. 5.

Dans le cas d'une suppression du sexe/genre à l'état civil, puisqu'il n'existerait plus de catégories officielles de sexe/genre, il conviendrait d'identifier les bénéficiaires d'actions positives par le biais d'une méthode subjective : l'auto-identification. Cette méthode a l'avantage de donner au droit à l'autodétermination toute l'effectivité qu'il commande, et d'être particulièrement pertinente dans l'attribution des actions positives. En effet, ce qui est pertinent dans le cadre des mesures positives n'est pas le genre tel qu'il est légalement enregistré, mais bien la façon dont les personnes s'identifient et perçoivent leur rôle social⁴²⁰.

Dans le cas d'une flexibilisation de l'enregistrement du genre, une catégorisation des identités de genre, certes réformée, demeure d'application. Par conséquent, l'identification des bénéficiaires d'actions positives est possible, tant à travers une méthode subjective (auto-identification) que par une méthode objective. Le groupe bénéficiaire, qu'il s'agisse de femmes ou de minorités de genre, pourra, en effet, être objectivement identifié par la référence à l'une ou plusieurs des catégories existantes.

Qu'il soit recouru à une méthode subjective ou à une méthode objective, l'existence des actions positives poursuivant une égalité substantielle entre les hommes et les femmes serait garantie et il serait même permis de concevoir la création de telles mesures afin de lutter contre les discriminations dont les minorités de genre sont l'objet.

Enfin, la formulation des quatre pistes de conciliation ainsi proposées est le résultat d'une prise en considération tant des théories féministes que des différentes positions adoptées parmi la doctrine. Nous avons tenté de tirer de ces débats des solutions concrètes que nous pensons justes et nécessaires afin de donner au droit à l'autodétermination du genre toute l'effectivité que son respect commande. Quant à notre analyse de différents ordres juridiques supranationaux et régionaux, ainsi que du droit interne belge, aucun obstacle légal ne semble s'opposer aux solutions que nous proposons.

En conclusion, nous avançons qu'il est possible de remédier à l'inconstitutionnalité constatée en 2019 par la Cour constitutionnelle par le biais de la suppression ou de la flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil ; ces deux solutions pouvant être compatibles avec les actions positives fondées sur le genre puisqu'elles n'excluent pas la possibilité d'identifier les bénéficiaires de ces mesures, ni de collecter des données ventilées

⁴²⁰ N. GALLUS, *op. cit.*, p. 258 ; S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 420.

selon le sexe/genre, et qu'elles permettent la création de nouvelles actions positives au profit des personnes non binaires, jusque-là inexistantes légalement.

Il reste à espérer que le laborieux processus de réforme législative actuellement en cours en Belgique et impliquant toutes les parties prenantes⁴²¹, portera ses fruits et ce, de manière à respecter au mieux les droits des personnes non binaires.

⁴²¹ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/001, p. 3 ; P. CANNOOT, "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

1. 1. Législation internationale

Rapport UN/Doc A/HRC/47/27 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Droit et inclusion*, 3 juin 2021.

Rapport UN/Doc A/73/152 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018.

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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10//>.

Recommandation générale n°28 du Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes 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, 16 décembre 2010, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/60/PDF/G1047260.pdf?OpenElement>.

Recommandation générale n°25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCEDAW%2FGECE%2F3733&Lang=fr.

Observation générale n°28 du Comité des droits de l'Homme sur l'article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 29 mars 2000,

https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CDH_Observation_Generale_28_2000_FR.pdf.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, signée à New York le 18 décembre 1979.

1. 2. Législation du Conseil de l'Europe

Résolution 2191 de l'A.P.C.E., Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, 12 octobre 2017.

Résolution 2048 de l'A.P.C.E., La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, 22 avril 2015.

Rapport sur la proposition de résolution de l'A.P.C.E. "La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe", fait au nom de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination (Rapp. D. SCHEMBRI), Doc. 13742, du 2 avril 2015.

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, approuvée par la loi du 1er mars 2016, *M.B.*, 9 juin 2016.

Lignes directrices sur la réglementation des partis politiques par l'OSCE/BIDDH et la Commission de Venise, 15 et 16 octobre 2010, <https://www.osce.org/files/f/documents/9/b/91398.pdf>.

Observation interprétative du Comité européen des droits sociaux sur l'article 1 du Protocole additionnel, 30 septembre 1997, https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIII-5_Ob_-1/Ob/EN.

1. 3. Législation de l'Union européenne

Règlement (UE) n° 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *J.O.U.E.*, 12 juillet 2019, L 188, p. 67.

Résolution 2018/2878 du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_FR.pdf.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326.

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, 26 juillet 2006, L 204, p. 23.

Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, *J.O.U.E.*, 21 décembre 2004, L 373, p. 37.

Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.U.E.*, 5 octobre 2002, L 269, p. 15.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000.

Recommandation 84/635/EEC du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, *J.O.U.E.*, 19 décembre 1984, L 331, p. 34.

Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, *J.O.U.E.*, 14 février 1976, L 39, p. 40.

1. 4. Législation nationale belge

Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.

Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.

Loi du 12 janvier 2007 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, p. 7027.

Loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, *M.B.*, 3 septembre 1991, p. 19075.

Loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, *M.B.*, 25 mars 1989, p. 5321.

Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, *M.B.*, 14 janvier 1989, p. 667.

Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434.

Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121.

Code civil, article 57.

Const., art. 11*bis*, art. 67, §3.

Arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

1. 5. Documents parlementaires belges

Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/001.

Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme. Marijke Dillen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n°55-3356/002.

Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *C.R.I.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, séance du 6 juillet 2023.

Question n°980 de Mme Julie Chanson du 7 décembre 2021 (Fr.), *Q.R.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n°55, pp. 351 et 352.

Note de politique générale, “Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité”, 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n°55-2294/015.

Rapport au Roi précédant l’A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l’action positive, *M.B.*, 1er mars 2019, p. 21169.

Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d’un changement de l’enregistrement du sexe dans les actes de l’état civil et ses effets, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Karine Lalieux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2403/004.

1. 6. Législation nationale de Tasmanie

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

2. Jurisprudence

2. 1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France du 31 janvier 2023, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Y.T. c. Bulgarie du 9 juillet 2020, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt X. c. l'Ex-République Yougoslave de Macédoine du 17 janvier 2019, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Y.Y. c. Turquie du 10 mars 2015, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Stec e.a. c. Royaume-Uni du 12 avril 2006, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023).

Cour eur. D.H., arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023).

2.2. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

Arrêt Badeck, C-158/97, EU :C2000 :163.

Arrêt Marschall, C-409/95, EU :C :1997 :533.

Arrêt Kalanke, C-450/93, EU :C :1995 :322.

2. 3. Jurisprudence nationale belge

C.C., 19 juin 2019, n°99/2019.

C.C. 22 octobre 2015, n° 145/2015.

C.C., 27 janvier 1994, n°9/94.

3. Doctrine

ALBESSARD, G., "'De l'état civil à la norme de genre' ou 'De la norme de genre à l'état civil'? Réflexions politologiques sur le projet de loi français sur le changement de sexe", *R.F.D.L.*, 2016/3, pp. 609-626.

BELL, M., *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, Bruxelles, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation: 8 août 2023).

BELL, M., *Data collection in relation to LGBTI People*, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation: 8 août 2023).

BELLEAU, M.-C., "Les théories féministes: droit et différence sexuelle", *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, n°1, pp. 1-35.

BORRILLO, D., *La mention du sexe à l'état civil: De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination*, 2017, <https://hal.science/hal-01597545/> (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

BOURGAUX, A.-E., "La parité en politique, phénix de la démocratie belge", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 273-276.

BRIBOSIA, E., RORIVE, I. et OUHNAOUI, H., *Rapport au sujet de l'arrêt n°099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé*, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/rapport_elc_-_cc_099-2019_-_fr.pdf (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

BRIBOSIA, E. et RORIVE, I., "Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes et Pactes onusiens : quel potentiel pour les droits des femmes ?", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 31-36.

BUTLER, J., "Performative Acts and Gender Constitution: An Essay in Phenomenology and Feminist Theory", *Theatre journal*, vol. 40, n°4, pp. 519-531.

CANNOOT, P., "Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder?", *Knack*, 2 décembre 2021, <https://www.knack.be/> (date de dernière consultation: 5 août 2023).

CANNOOT, P., "Genderdiversiteit en het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", in *Recht & Gender in België - 10 jaar later*, (sous la dir. De E. BREMS, P. CANNOOT et L. STEVENS), Brugge, die Keure, 2021, pp. 537-562.

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

CANNOOT, P., "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *T. Fam.*, 2020/1, pp. 17-26.

CANNOOT, P., *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, thèse de doctorat, Université de Gand, 2019.

CLARKE, J. A., "They, Them and Theirs", *Harv. L. Rev.*, 2018, pp. 894-991.

COOPER, D. et RENZ, F., "If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value?", *Journal of Law and Society*, décembre 2016, vol. 43, n°4, pp. 483-505.

COTTON, N., "Du performatif à la performance: la "performativité" dans tous ses états", *Sens public*, 2016, pp. 1-19.

CROSSET DECHANY, E., "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n°135, pp. 271-746.

CROSSET DECHANY, E., "Deux c'est bien, trois c'est trop: la reconnaissance d'une troisième catégorie de 'sexe neutre' laissée à la discrétion des États", obs. sous Cour eur. D.H., arrêt Y. c. France, 31 janvier 2023, *J.L.M.B.*, 2023, pp. 1056-1062.

DUNNE, P. et MULDER, J., "Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?", *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n°3, pp. 627-648.

GALLUS, N., "L'enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre", *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n°133, pp. 247-264.

GANTY, S. et VINCENT, S., "Discrimination sur la base du genre en droit belge : un aperçu de la loi 'genre' du 10 mai 2007", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 89-94.

GILBERT, M. A., "Defeating Bigenderism: Changing Gender Assumptions in the Twenty-First Century", *Hypatia*, 2009, vol. 24, n°3, pp. 93-112.

GÖSSL, S.L. et VÖLZMANN, B., "Legal Gender Beyond the Binary", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2019, vol. 33, n°3, pp. 403-429.

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

HACHEZ, I., NEVEN, J.-F. ET RINGELHEIM, J., "L'action positive en droit belge. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi", in *Redynamiser la lutte contre la discrimination* (sous la dir. de J. RINGELHEIM *et al.*), Bruxelles, Intersentia, 2023, pp. 317-354.

HACHEZ, I. et RINGELHEIM, J., "Les actions positives", in *Les grands arrêts en matière de handicap* (sous la dir. de I. HACHEZ et J. VRIELINK), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 344-377.

HERDT, G., *Third sex, third gender: Beyond sexual dimorphism in culture and history*, Princeton University Press, 2020.

HINES, S., "The feminist frontier: on trans and feminism", *Journal of Gender Studies*, 2019, vol. 28, n°2, pp. 145-157.

HOREVOETS, C. et VINCENT, S., "Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées", in *Actualités en matière de non-discrimination*, (sous la dir. de E. BRIBOSIA et al.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 33-92.

HUART, P., *L'impact du sexe défini juridiquement pour les personnes transgenres. Regard croisé sur la question du transgendérisme en droit belge, anglais et européen*, Mémoire de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018.

INNERARITY, D., "Universalité et différence. Qu'est-il advenu de la postmodernité?", *Tumultes*, 2010, vol. 34, n°1, pp. 135-143.

LOCHAK, D., "Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques", in *Mélanges Andrée Lajoie* (sous la dir. de P. NOREAU et L. ROLLAND), Paris, Les Éditions Thémis, 2008, pp. 659-690.

LORBER, J., "Using Gender to Undo Gender/ A Feminist Degendering Movement", *Feminist theory*, 2000, pp. 79-95.

MCCRUDDEN, C., *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, Bruxelles, 2019, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/271e827b-0435-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (date de dernière consultation: 8 août 2023).

MINOW, M., "Adjudicating Differences: Conflicts Among Feminist Lawyers", in *Conflicts in feminism* (sous la dir. de M. HIRSCH et E. FOX KELLER), Routledge, 1991, pp. 149-163.

MOTMANS, J., WYVERKENS, E. et DEFREYNE, J., *Être une personne transgenre en Belgique. 10 ans plus tard*, 2017, [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/118 -
etre une personne transgenre en belgique.pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/118_-_etre_une_personne_transgenre_en_belgique.pdf) (date de dernière consultation: 17 juin 2023).

NENNEN, C., “L’article 11bis de la Constitution ou la traduction d’une préférence abstraite du Constituant en faveur de l’égalité entre les hommes et les femmes”, *A.P.*, 2018, pp. 417-432.

OTTO, D., "Queering Gender (Identity) in International Law", *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, vol. 33, n°4, pp. 299-318.

PARARAS, P.-J., “La réticence européenne au regard des discriminations positives”, in *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant. Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis*, 1e édition, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 453-466.

PETERS, M., “La loi de 2017 et le principe d’autodétermination de l’individu”, note sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *R.G.D.C.*, 2020, liv. 6, pp. 357-364.

PIERET, J., "La Constitution a-t-elle un sexe?", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 72-75.

RAYMOND, J., *The transsexual empire*, Beacon Press, 1979.

RENCHON, J.-L., “Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle”, *R.T.D.F.*, 2019/4, pp. 731-750.

ROMAN, D., “La Charte sociale européenne et les droits des femmes”, in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 154-158.

RICHARDS, C., BOUMAN, W. P., SEAL, L., BARKER, M. J., NIEDER, T. O. et T’SJOEN, G., “Non-binary or genderqueer genders”, *International Review of Psychiatry*, vol. 28. 1, 2016, p. 95 à 102.

T'SJOEN *et al.*, "Hervorming van de geslachtsregistratie: suggesties UGent en UZ Gent", *T. Fam.*, n°9, 2021, pp. 262-271.

UYTTENDAELE M. et SOHIER, J., "Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité", *J.T.*, 1995, pp. 249-256.

VAN DER STEGEN, M., "La Loi 'Quota': application et évolution", in *Droits des femmes*, (sous la dir. de D. BERNARD et C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 235-238.

VERDUSSEN, M., "La place du genre dans la Constitution belge", in *Individu, Famille et Etat: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine* (sous la dir. de N. DANDOY *et al.*), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 237-257.

WATTIER, S., "Le genre et le sexe des sénateurs depuis la Sixième Réforme de l'Etat", *C.D.P.K.*, n°3, 2017, pp. 391-397.

WILLEMS, G., "Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne: Nature, culture et autodétermination", in *Individu, Famille et Etat: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine* (sous la dir. de N. DANDOY *et al.*), 1ère édition, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 269-334.

WILLEMS, G., *Individu, famille et État*, Syllabus de cours de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2021-2022.

WILLEMS, G., "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", obs. sous C.C., 19 juin 2019, n°99/2019, *Rev. trim. dr. h.*, 2020, n°124, pp. 894-919.

WILLEMS, G., "Les personnes intersexes: à la croisée des genres", *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles? Liber amicorum Jacques Fierens*, (sous la dir. de G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 479-490.

WILLEMS, G., “La Cour constitutionnelle exige que les personnes dont le genre est ‘non-binaire’ ou ‘fluide’ soient reconnues par le droit”, 4 novembre 2019, <https://www.justice-en-ligne.be/La-Cour-constitutionnelle-exige> (date de dernière consultation: 13 octobre 2022).

4. Sources institutionnelles

BRUPARTNERS, *Avis d'initiative. Plans d'actions positives*, adopté par assemblée plénière du 19 mai 2022, <https://www.brupartners.brussels/sites/default/files/advices/A-2022-027-BRUPARTNERS-FR.pdf> (date de dernière consultation: 8 août 2023).

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Terminology*, 23 décembre 2022, <https://www.cdc.gov/healthyyouth/terminology/sexual-and-gender-identity-terms.htm> (date de dernière consultation: 5 août 2023).

COMITÉ DIRECTEUR SUR L'ANTI-DISCRIMINATION, LA DIVERSITÉ ET L'INCLUSION DU CONSEIL DE L'EUROPE, Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5, *La reconnaissance juridique du genre en Europe*, 2022, <https://rm.coe.int/thematic-report-on-legal-gender-recognition-in-europe-fr/1680a72a0e> (date de dernière consultation: 3 août 2023).

COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Document thématique, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, <https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes-document-thematique-publie-p/16806da66e> (date de dernière consultation: 3 août 2023).

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *The fundamental rights situation of intersex people*, avril 2015, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> (date de dernière consultation: 14 octobre 2022).

ILGA-EUROPE, *Right now, just three European countries recognize non-binary identities, but others are pushing forward*, 14 juillet 2022, <https://ilga-europe.org/blog/right-now-just-three-european-countries-recognise-non-binary-identities-but-others-are-pushing-forward/> (date de dernière consultation: 3 août 2023).

ILGA-EUROPE, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, septembre 2018, <https://ilga-europe.org/files/uploads/2022/04/non-binary-gender-registration-models-europe.pdf> (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *530 Personnes ont adapté officiellement leur identité de genre en 2021*, 16 mai 2022, https://igvm-iefh.belgium.be/fr/actualite/530_personnes_ont_adapte_officiellement_leur_identite_de_genre_en_2021 (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *Quatrième bilan de la loi du 28 juillet 2011 relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration*, 2022, [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/157 -
_quatrieme_bilan_de_la_loi_du_28_juillet_2011_relative_aux_quotas_de_genre.pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/157_-_quatrieme_bilan_de_la_loi_du_28_juillet_2011_relative_aux_quotas_de_genre.pdf) (date de dernière consultation: 14 octobre 2022).

INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *Personnes transgenres ayant fait une demande de changement de la mention officielle de leur sexe en Belgique*, 2022, https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/chiffres_personnes_transgenres_registre_national.pdf (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *État des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, 2017, [https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/103 - etat des lieux loi genre .pdf](https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/103_-_etat_des_lieux_loi_genre_.pdf) (date de dernière consultation: 14 octobre 2022).

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Born Free and Equal. Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, 2019, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Born_Free_and_Equal_WE_B.pdf (date de dernière consultation: 22 juillet 2023).

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, https://oiieurope.org/wp-content/uploads/2016/03/Oii_A4magazine_humanrights.pdf (date de dernière consultation: 8 août 2023).

5. Sources associatives

AMNESTY INTERNATIONAL, *Que signifie être intersexe ou intersexué(e)?*, <https://www.amnesty.fr/focus/le-i-de-lgbti> (date de dernière consultation: 16 juin 2023).

CENTRE CULTUREL DE DISON, *LGBTQIA+, parler aux pluriel·les*, <https://www.ccdison.be/site/index.php/pre/119-lgbtqia> (date de dernière consultation: 10 août 2023).

GENRES PLURIELS, *Lexique*, 26 mars 2019, https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/fr_-_20190326_lexique.pdf (date de dernière consultation: 12 octobre 2022).

GENRES PLURIELS, *Glossaire*, 21 novembre 2008, <https://www.genrespluriels.be/Glossaire> (date de dernière consultation: 15 juin 2023).

MAISON ARC-EN-CIEL DE LIÈGE, *Qui sommes-nous?*, <https://www.macliege.be/> (date de dernière consultation: 10 août 2023).

NICOLAS, L., *Le troisième sexe, une fausse bonne idée*, 14 novembre 2017, <http://www.lgbt-lux.be/le-troisieme-sexe-une-fausse-bonne-idee/>, (date de dernière consultation: 15 juin 2023).

ANNEXES

ANNEXE 1

	Collecte de statistiques de genre et données sexo-spécifiques, malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre
Doctrine	La suppression de l'enregistrement civil du sexe n'empêcherait pas d'établir des statistiques de genre, tout comme il est possible de récolter des statistiques sur la base d'autres critères de discrimination alors qu'ils ne font pas l'objet d'un enregistrement à l'état civil, ni d'une mention sur les documents d'identité ⁴²² .
Théories féministes	• 1^e position : Dégenrer le droit mettrait en danger la lutte féministe, car le système serait moins bien équipé pour remédier aux discriminations fondées sur le genre⁴²³ ; • 2^e position : La lutte pour les droits des personnes non binaires combat l'ordre patriarcal, à travers lequel tant les femmes que les minorités de genre ont été opprimées et contrôlées. La reconnaissance du genre non binaire participe donc également à l'action féministe⁴²⁴.
Dilemme de la différence - M. Minow	Supprimer l'enregistrement du sexe/genre risquerait de mener à un traitement similaire des individus et à ainsi faire preuve d'insensibilité à leurs réalités et leurs différences ⁴²⁵ .
Droit international	• Les personnes non binaires ont le droit d'avoir leur identité de genre reconnue, et les États sont obligés de reconnaître leur genre de manière non-discriminatoire⁴²⁶ ; • Les États sont invités à cesser l'enregistrement du sexe/genre sur les documents d'identité et comme élément de la personnalité juridique⁴²⁷ ; • Les États doivent "créer des bases de données statistiques et les améliorer en continu aux fins d'analyser toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes"⁴²⁸
Droit du Conseil de l'Europe	La reconnaissance légale de l'identité de genre constitue un droit en vertu de l'article 8 de la CEDH⁴²⁹. La décision de reconnaître juridiquement une troisième catégorie de sexe/genre neutre relève de la marge d'appréciation accordée aux États⁴³⁰.

⁴²² E. BRIBOSIA, I. RORIVE ET H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 41.

⁴²³ P. DUNNE ET J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁴²⁴ M. A. GILBERT, *op. cit.*, p. 94.

⁴²⁵ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 18.

⁴²⁶ Rapport UN/Doc A/73/152 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, §21.

⁴²⁷ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 31, A.

⁴²⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE ET H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 30.

⁴²⁹ Cour eur. D.H., arrêt A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, <http://www.echr.coe.int> (24 juillet 2023).

⁴³⁰ E. CROSSET DECHANY, "Deux c'est bien, trois c'est trop: la reconnaissance d'une troisième catégorie de 'sexe neutre' laissée à la discrétion des États", *op. cit.*, p. 1061.

Droit de l'UE	Les États membres sont encouragés à reconnaître les personnes de genre non binaire via des marqueurs neutres, "pour autant qu'ils continuent d'être déclarés" ⁴³¹ . Le droit de l'UE ne semble donc pas s'opposer à l'abandon d'un enregistrement du sexe/genre.
Conclusion	→ Malgré une suppression "radicale" de l'enregistrement civil du sexe/genre, le droit peut rester apte à lutter contre les discriminations dont les femmes sont victimes, notamment car il sera toujours possible de collecter des données basées sur le sexe/genre, conformément aux obligations internationales en la matière. → Conserver la possibilité de collecter des données ventilées selon le sexe/genre malgré une suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil permettrait de prendre en compte et rester sensible aux différences, tout en évitant la stigmatisation des personnes non binaires. → Une telle solution est encouragée par le droit international et permettrait de donner effet au droit à la reconnaissance effective de l'identité de genre des personnes non binaires, lequel a également été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴³¹ Résolution 2018/2878 du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_FR.pdf, §9.

ANNEXE 2

	Identification des bénéficiaires d'actions positives, indépendamment du sexe/genre à l'état civil
Doctrine	L'enregistrement obligatoire du sexe/genre à l'état civil n'est pas nécessaire pour continuer à lutter contre la discrimination fondée sur le genre⁴³². Il existe d'autres manières d'identifier les bénéficiaires d'actions positives que le sexe/genre à l'état civil : • Méthode objective ; • Méthode subjective⁴³³: l'auto-identification est une méthode plus respectueuse du droit à l'autodétermination⁴³⁴ et démontre plus de pertinence dans l'attribution d'actions positives⁴³⁵.
Théories féministes	• 1^e position : Les catégories sexuelles légales sont nécessaires pour remédier aux inégalités persistantes entre les hommes et les femmes⁴³⁶ ; • 2^e position : Dégenrer le droit ne signifie pas la fin des actions positives visant l'égalité des genres⁴³⁷ ; • Féminisme post-moderne : la disparition de la catégorie "femme" pourrait mettre en question les actions positives dont les bénéficiaires sont des femmes⁴³⁸.
Dilemme de la différence - M. Minow	D'une part, supprimer l'enregistrement du sexe/genre risquerait de traiter tous les individus de façon comparable, sans prendre en compte leurs spécificités⁴³⁹. D'autre part, il ne faudrait pas que les actions positives conduisent à stigmatiser les personnes appartenant à l'une ou l'autre catégorie⁴⁴⁰.
Droit international	Il est important de lutter contre les causes profondes des discriminations systémiques et structurelles que connaissent les femmes et les actions positives sont un outil pertinent pour ce faire⁴⁴¹.
Droit du Conseil de l'Europe	Les actions positives sont compatibles avec l'article 14 de la CEDH mais doivent respecter certaines conditions imposées par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁴².

⁴³² P. CANNOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 47 ; S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 421.

⁴³³ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 114.

⁴³⁴ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 268.

⁴³⁵ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 420.

⁴³⁶ Traduction libre de 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. 509.

⁴³⁷ *Ibid.*, pp. 513-514.

⁴³⁸ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 23.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, pp. 31 et 33.

⁴⁴² P.-J. PARARAS, *op. cit.*, p. 460 ; Cour eur. D.H., arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023), §78 ; Cour eur. D.H., arrêt Stec e.a. c. Royaume-Uni du 12 avril 2006, <http://www.echr.coe.int> (8 août 2023), §§51 et 52.

Droit de l'UE	L'adoption d'actions positives visant une égalité de fait entre les femmes et les hommes est encouragée par les organes de l'UE⁴⁴³ et consacrée dans sa législation⁴⁴⁴. Ces mesures doivent toutefois respecter des conditions strictes pour être considérées conformes au principe d'égalité et de non-discrimination⁴⁴⁵.
Conclusion	→ La suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil réduirait la stigmatisation des personnes non binaires, comme étant "X" ou "autres" par rapport à la norme binaire homme-femme. → Les actions positives permettraient toutefois de rester sensible aux réalités des personnes de genre non binaire (notamment à la discrimination dont elles sont l'objet). → Les actions positives bénéficiant au groupe "femmes" resteraient réalisables. → En pratique, différentes méthodes sont possibles pour mettre cette solution en œuvre, indépendamment de l'enregistrement civil du sexe/genre. L'auto-identification est la plus respectueuse du droit à l'autodétermination. → Le droit belge resterait en conformité avec les droits international, du Conseil de l'Europe et de l'UE, car la possibilité d'instaurer des actions positives visant à accélérer l'égalité de fait entre les hommes et les femmes serait maintenue. Les exigences strictes de conformité au principe d'égalité demeurerait applicables et appliquées.

⁴⁴³ Recommandation 84/635/EEC du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, *J.O.U.E.*, 19 décembre 1984, L 331, p. 34.

⁴⁴⁴ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, art. 157 §4 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000, art. 23, alinéa 2.

⁴⁴⁵ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 325.

ANNEXE 3

	Flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre
Doctrine	Il n'est pas recommandé de créer une unique catégorie additionnelle⁴⁴⁶. Différentes pistes de flexibilisation sont proposées : • Conserver l'identification du sexe juridique des personnes uniquement lorsque cela demeure pertinent⁴⁴⁷ ; • Prévoir une catégorie de genre ouverte, "laissant l'indication du genre au libre choix de la personne concernée"⁴⁴⁸ ; • Maintenir l'enregistrement du sexe/genre tout en permettant aux personnes non binaires une méthode d'enregistrement <i>opt in</i> (demander d'inscrire la mention "non binaire" à l'état civil) ou <i>opt out</i> (demander que la mention du sexe soit omise)⁴⁴⁹ ; • Supprimer la mention du sexe sur les documents d'identité⁴⁵⁰.
Théories féministes	• 1^e position : La flexibilisation de l'enregistrement du genre, au lieu d'une abolition pure et simple, permettrait de conserver les catégories sexuelles, indispensables à la lutte contre les inégalités fondées sur le genre⁴⁵¹ ; • 2^e position : Ouvrir de nouvelles catégories de genre participerait à la mise en cause de l'organisation genrée dualiste et hiérarchique (m>f) de la société⁴⁵². Une telle réforme lutterait également pour les droits des femmes⁴⁵³.
Dilemme de la différence - M. Minow	La création d'une troisième catégorie risquerait de stigmatiser les personnes inscrites dans cette catégorie⁴⁵⁴.
Droit international	• Les États sont invités à cesser "l'enregistrement du sexe et du genre de la personne sur des documents d'identité tels que les certificats de naissance, les cartes d'identité, les passeports et les permis de conduire, ainsi que comme élément de leur personnalité juridique"⁴⁵⁵ ; • Si les États ne suppriment pas l'enregistrement du sexe/genre, ils doivent à tout le moins permettre à chaque personne d'avoir son identité de genre juridiquement reconnue, par le biais d'un mécanisme rapide, transparent et accessible, offrant des options multiples pour le choix de genre⁴⁵⁶.

⁴⁴⁶ P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *op. cit.*, p. 25 ; P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 644 ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE ET H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 55 ; L. NICOLAS, *op. cit.*

⁴⁴⁷ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁴⁴⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE ET H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 16 et 33.

⁴⁴⁹ G. WILLEMS, "Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe?", *op. cit.*, p. 919.

⁴⁵⁰ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁵¹ P. DUNNE ET J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁴⁵² D. OTTO, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵³ 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. 513.

⁴⁵⁴ P. CANNOOT, "Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af", *op. cit.*, p. 25 ; G. WILLEMS, "Les personnes intersexes : à la croisée des genres", *op. cit.*, p. 486.

⁴⁵⁵ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 31, A.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, principe 31, C, i et ii.

Droit du Conseil de l'Europe	• L'ajout d'une seule catégorie additionnelle de genre n'est pas suffisant afin de rencontrer les exigences découlant du droit à l'autodétermination⁴⁵⁷ ; • Il est recommandé aux États d'offrir, dans les documents officiels, "la possibilité de ne pas choisir un marqueur de genre spécifié, 'masculin' ou 'féminin'"⁴⁵⁸, voire de rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur de ces documents⁴⁵⁹ ; • Les États sont invités à étudier "la nécessité d'indiquer le genre dans les documents officiels"⁴⁶⁰. • S'ils "recourent à des classifications en matière de genre", les États doivent veiller à proposer un ensemble d'options pour tous⁴⁶¹.
Droit de l'UE	• La mention du genre n'est pas exigée sur la carte d'identité d'un citoyen d'un État membre⁴⁶² et le permis de conduire (harmonisé dans l'UE) n'indique pas le sexe⁴⁶³ ; • Les États sont encouragés à intégrer des marqueurs de genre neutres dans les documents officiels⁴⁶⁴.
Conclusion	→ Minimiser autant que possible l'identification du sexe juridique des personnes. → Prévoir de multiples options d'identité de genre, dont une catégorie ouverte, afin que chaque personne puisse s'identifier à l'une des catégories proposées. → Ne pas créer qu'une seule catégorie supplémentaire, car cela serait stigmatisant et continuerait à marginaliser/exclure les personnes y appartenant puisqu'elles demeureraient "en dehors de la norme homme-femme". → Laisser le choix à chaque personne concernée d'enregistrer son identité de genre ou de se soustraire à un tel enregistrement en demandant que la mention du genre soit omise. → Supprimer la mention du genre/sexe des documents d'identité. Une telle mesure est autorisée par l'UE et encouragée par les principes de Jogjakarta. → Une telle flexibilisation traduirait une convergence des luttes féministe et transgenre.

⁴⁵⁷ P. CANNOOT ET M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁵⁸ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, recommandation n°4, p. 9.

⁴⁵⁹ Résolution 2191 de l'A.P.C.E., Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, 12 octobre 2017, §7.3.3 et 7.3.4.

⁴⁶⁰ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, *op. cit.*, recommandation n°4, p. 9.

⁴⁶¹ Résolution 2191 de l'A.P.C.E., Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, 12 octobre 2017, §7.3.3 et 7.3.4.

⁴⁶² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁶⁴ Résolution 2018/2878 du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0128_FR.pdf, §9 ; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *op. cit.*, p. 7.

ANNEXE 4

	Création d'actions positives pour les minorités de genre
Doctrine	Une telle hypothèse serait conforme à la Constitution ⁴⁶⁵ et viserait une égalité réelle, palliant les désavantages de l'égalité formelle ⁴⁶⁶ . Il serait possible d'identifier des minorités de genre comme étant bénéficiaires d'actions positives en se référant à un critère protégé (identité de genre) plutôt qu'à un groupe précisément défini ⁴⁶⁷ .
Théories féministes	• Féminismes de la symétrie et de la différence : n'envisagent que deux groupes homogènes (hommes - femmes) ; • Féminisme post-moderne : il existe une multiplicité de vécus féminins, les catégories disparaissent⁴⁶⁸ au profit d'une perspective plus inclusive guidée par l'autodétermination.
Dilemme de la différence - M. Minow	Les actions positives risquent de stigmatiser les personnes assignées à telle ou telle catégorie car leurs différences seraient mises en évidence ⁴⁶⁹ .
Droit international	Les États doivent prendre des mesures appropriées afin de garantir une jouissance ou un exercice égal des droits humains aux personnes aux diverses orientations sexuelles et identités de genre ⁴⁷⁰ . Ces mesures ne sont pas considérées discriminatoires.
Droit du Conseil de l'Europe	Le droit à l'identité de genre et au développement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée ⁴⁷¹ .
Droit de l'UE	Les États membres sont incités à adopter des mesures d'action positive "afin de remédier aux désavantages que subissent, dans les faits, certaines catégories d'individus" ⁴⁷² , mais n'y sont pas légalement tenus ⁴⁷³ .
Conclusion	→ La reconnaissance du genre non binaire implique une protection contre la discrimination ⁴⁷⁴ , conformément au droit international. Cela donnerait davantage d'effectivité au droit à l'identité de genre et au développement personnel consacré par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁶⁵ E. CROSSET DECHANY, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 742 ; P. CANNOOT, "Genderdiversiteit in het Belgische recht: via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit?", *op. cit.*, p. 551.

⁴⁶⁶ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *État des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, *op. cit.*

⁴⁶⁷ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

⁴⁶⁸ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 18.

⁴⁷⁰ 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, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 2.

⁴⁷¹ P. CANNOOT et M. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁷² E. Crosset Dechany, "Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale", *op. cit.*, p. 731.

⁴⁷³ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 55 ; P.-J. PARARAS, *op. cit.*, p. 459.

⁴⁷⁴ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

→ Des actions positives justifiées par l'existence de désavantages subis par un groupe, en lien avec un critère protégé permettraient d'éviter l'essentialisation reprochée aux féministes de la différence ; les femmes ne seraient pas bénéficiaires d'actions positives car elles correspondent à certaines caractéristiques inhérentes à la nature du sexe féminin, mais parce qu'elles sont désavantagées socialement en tant que groupe sur la base de leur identité de genre (critère protégé).

→ Les femmes bénéficiaires d'actions positives ne seraient pas simplement identifiées en tant que "femmes" mais en tant que groupe subissant des désavantages en lien avec leur identité de genre. Cela permettrait d'également prévoir des mesures d'action positive pour des minorités de genre ainsi désavantagées, notamment les personnes non binaires.

→ Le fait d'identifier et de viser objectivement un critère protégé ainsi que d'exposer les désavantages concrets qu'un groupe subit en lien avec ce critère, notamment sur la base de données ventilées selon ce critère, permettrait d'éviter de stigmatiser telle ou telle catégorie de personnes sur la base de stéréotypes. Les désavantages auxquelles les actions positives doivent remédier seraient objectivement constatés.

→ Les bénéficiaires de ces mesures pourraient être identifiés par la méthode de l'auto-identification, ou à tout le moins, en se référant à l'identité de genre (auto-déclarée ou enregistrée) et non pas au sexe des personnes.

