

MASTER DE SPÉCIALISATION EN ÉTUDES DE GENRE

Elise

Franco

Questionner la présence et l'intérêt des catégories sexuées dans le droit.

Entre binarité obligatoire et changement de sexe, l'état civil est-il un dispositif d'apprentissage du genre ?

Résumé

Conformément au Code civil, toute personne est déclarée à la naissance comme étant de sexe féminin ou masculin. Mais quelles réalités juridiques et anthropologiques se rattachent aux catégories des femmes et des hommes ? C'est au regard du droit belge que je chercherai à répondre à cette question. Je m'intéresserai au régime de changement de sexe, et à l'intérêt d'inscrire les enfants dans une trajectoire binaire conforme à leur sexe, dont les adultes peuvent partiellement se départir en vertu de leur identité de genre. Je terminerai en explorant la possibilité de l'abrogation de la déclaration du sexe, en la mettant en perspective avec la nécessité de visibiliser les discriminations et mener des politiques de discrimination positive.

Promoteur : Geoffrey Willems, Université catholique de Louvain

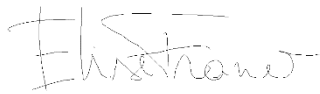
Assesseuse : Sylvie Cap, Université catholique de Louvain

Je déclare qu'il s'agit d'un travail original et personnel et que toutes les sources référencées ont été indiquées dans leur totalité et ce, quelle que soit leur provenance. Je suis conscient·e que le fait de ne pas citer une source, de ne pas la citer clairement et complètement constitue un plagiat et que le plagiat est considéré comme une faute grave au sein de l'Université. J'ai notamment pris connaissance des risques de sanctions administratives et disciplinaires encourues en cas de plagiat comme prévues dans le *Règlement des études et des examens de l'Université catholique de Louvain* au Chapitre 4, Section 7, article 107 à 114.

Au vu de ce qui précède, je déclare sur l'honneur ne pas avoir commis de plagiat ou toute autre forme de fraude.

Franco Elise

2 juin 2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Elise Franco', written in a cursive style.

REMERCIEMENTS

Je remercie mon promoteur, Geoffrey Willems, pour ses conseils, ainsi que pour la réflexion qu'il a menée avec moi dans le choix et l'identification du sujet.

Je remercie mes amies, Gentiane Baudoux, Gemma Daou, Laurianne Locatelli et Roxane Messenguy, pour leurs précieuses relectures et leurs avis.

Je remercie mon compagnon, Andy Riat, pour avoir accompagné mes angoisses et mes enthousiasmes inopinés durant la rédaction de ce mémoire.

Table des matières

Partie I – Introduction	5
Chapitre I – Présentation du projet.....	5
Chapitre II - Méthodologie et neutralité	10
Subjectivité de l’auteure	10
Neutralité des normes.....	12
Chapitre III - La notion de sexe.....	16
Le chemin des données sexuelles : de catégories biologiques à catégories politiques et sociologiques.....	17
Le sexe dans le droit positif.....	19
Conclusion	20
Partie II - L’assignation sexuelle	22
Introduction.....	22
Chapitre I - La tenue des registres de l’état civil	22
La naissance.....	25
Le sexe juridique.....	29
Les variations sexuelles	31
Etat civil et documents d’identité	34
Chapitre II - Critique juridique de l’assignation sexuelle obligatoire	38
L’arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle	39
Cohérence du régime de l’état civil à la lumière de la loi sur la modification de l’enregistrement du sexe.....	42
Chapitre III – Solutions envisagées.....	44
Le sexe neutre	45
L’absence de déclaration.....	48
La discrimination positive.....	51
Conclusion	54
Bibliographie.....	58

« Les croyances relatives à la séparation, la purification, la démarcation, et le châtement des transgressions ont pour fonction d'imposer un système à une expérience essentiellement désordonnée. C'est seulement en exagérant la différence entre intérieur et extérieur, dessus et dessous, mâle et femelle, avec et contre, que l'on crée un semblant d'ordre ¹».

Partie I – Introduction

Chapitre I – Présentation du projet

1. **La binarité essentialiste entre le groupe dit féminin et le groupe dit masculin.** La lecture des féministes matérialistes, des théories queer, d'études sur le patriarcat, sur la domination masculine et sur la soumission des femmes, m'ont conduit à m'interroger sur la pertinence de la catégorisation traditionnelle basée sur le sexe, ainsi que sur le genre et, en particulier, la sur binarité essentialisante opérée entre les femmes et les hommes dans le droit. Cette dualité, qui est, le plus souvent, appréhendée comme naturelle, tant d'un point de vue culturel que biologique, est entérinée par le système juridique de manière telle que l'individu ne peut venir au monde et exister en tant que citoyen de l'Etat, sans être catégorisé soit comme un homme, soit comme une femme². En effet, le sexe est déclaré à la naissance pour être mentionné sur la déclaration de naissance³, ce qui implique que tout citoyen belge est un être juridiquement sexué. Personne n'échappe à la binarité femme/homme puisque cette donnée doit être obligatoirement déclarée à l'état civil. Cette configuration de l'accès à la citoyenneté nécessite, dans l'actualité du droit et des théories féministes, d'une réflexion au prisme de l'égalité femme/homme. Il semble, en effet, que l'individu, n'en soit pas un, en dehors de son sexe, alors que, précisément, le sexe est à la source d'une série de discriminations et d'injustices.

¹ MARY DOUGLAS, *De la souillure*, La découverte, 2001, p. 26.

² DANIEL BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité*, sous la direction de NICOLE GALLUS, Anthémis, p. 11.

³ C. civ., art. 44.

La question principale de ma recherche concerne la légitimité de la mention du sexe à l'état civil au moment de la naissance, et ce, à la lumière de l'existence sexuée de l'individu et des questions d'égalité qui s'y attachent.

2. **Les femmes et les hommes dans les textes juridiques fondateurs.** En plus d'une existence sexuée induite par les documents d'identité et la déclaration du sexe à la naissance, la dualité femme/homme s'inscrit dans de nombreux textes fondateurs et fondamentaux au niveau national, européen et international. A titre exemplatif, dans le droit communautaire, la dichotomie femme/homme se cristallise à l'article 23 de la Charte de l'Union européenne qui instaure l'égalité entre les hommes et les femmes comme principe fondateur du droit de l'Union⁴. Au Royaume de Belgique, c'est en vertu de l'article 10 de la Constitution que « *l'égalité des femmes et des hommes est garantie* ». Les individus existent dans l'ordre juridique comme des êtres sexués dès la Constitution, qui en proclame l'égalité. Toutefois, bien que la dualité femme/homme soit inscrite précisément afin de préserver l'égalité, cette dernière ne semble aujourd'hui pas assurée.

3. **Une garantie d'égalité ?** Comme introduit ci-avant, le Titre II de la Constitution insère dans le paysage juridique belge les notions d'homme et de femme, ainsi que leur égalité de principe. Le principe d'égalité est ensuite corrélé par l'article 11*bis* du texte constitutionnel qui précise que « *la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics.* » Cette disposition constitutionnelle permet-elle de garantir l'égalité ? Si l'article 10 de la Constitution annonce garantir l'égalité, l'article 11*bis* établit l'égal exercice des droits et libertés et *favorise* l'égal accès aux mandats électifs et publics. Nous remarquons donc que, dès les prémisses, la garantie d'égalité glisse et se dilue⁵. La Constitution ne nous promet donc pas que le pouvoir politique sera exercé de manière égale par les femmes et les hommes, mais s'engage uniquement à *favoriser* une telle répartition⁶. En somme, une première brèche dans l'égalité est tracée et la parité dans l'espace politique

⁴ A noter qu'en revanche, la Convention européenne des droits de l'homme emploie un langage plus neutre. En effet, en son article 14 elle interdit toute distinction fondée sur le sexe.

⁵ DANIELLE LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges André Lajoie*, sous la dir. de PIERRE NOREAU ET LOUISE ROLLAND, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 685.

⁶DANIELLE LOCHAK, *op. cit.*, p. 685.

n'est pas garantie⁷, à ce jour, l'exercice du pouvoir par les femmes et les hommes reste encore inégalitaire⁸. Dès lors, la garantie constitutionnelle d'égalité n'est pas en mesure de neutraliser la dichotomie et la catégorisation entre les femmes et les hommes. Quelle est donc la fonction de la division des citoyens en deux sexes, tant dans les textes fondateurs, qu'au niveau de l'identité de chaque individu, si cette dualité est la source d'inégalités auxquelles même les garanties constitutionnelles ne peuvent pallier ? C'est précisément cette question qui fera l'objet de ce mémoire.

4. **Objet du mémoire.** La dichotomie femme/homme, ainsi que les inégalités qui s'y attachent méritent d'être réfléchies et étudiées. Dans le cadre du Master en études de genre, c'est par le prisme juridique que je souhaite illustrer et questionner la présence et l'intérêt des catégories sexuées dans le droit. Pourquoi sommes-nous déclarés à la naissance femme ou homme ? Quel sens et quel intérêt peut avoir une telle déclaration ? S'agit-il d'une simple mesure de protection et d'identification des individus ? Ou, en revanche, d'un dispositif de l'apprentissage du genre ? Ces questions sont actuellement discutées par la doctrine, et ce, particulièrement en France où la jurisprudence de la Cour de cassation française a récemment reconnu la dichotomie femme/homme comme principe fondateur de la République⁹. La problématique s'invite également parmi les juristes belges en raison des discussions et de la jurisprudence ayant entouré la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe en 2017¹⁰. Les mouvements actuels de défense des droits des femmes, ainsi que la reconnaissance des droits des personnes LGBT et non binaires, conduisent à appréhender la question du genre et du sexe d'une manière originale et inédite. Cette réflexion aura pour cadre la situation en Belgique au premier février 2020.
5. **Développements.** Ce travail cherchera à « *remettre en question l'idée de neutralité du droit en soulignant sa dimension de genre, [à] s'inscrire dans un effort féministe transdisciplinaire de remise en cause de l'ordre existant à partir d'un point de vue centré sur les femmes, et [à être] marqué par une ambition de transformation sociale et*

⁷ *Ibid.*

⁸ Pour plus de statistiques et chiffres à ce sujet, voir notamment le site de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes : <https://igvm-iefh.belgium.be/fr/activites/politique/chiffres>

⁹ Cass. Civ. française, 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16 – 17.189.

¹⁰ Loi du 25 juin 2017 reformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes d'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, vig. 1^{er} janvier 2018, p. 71465. (Ci-après : loi sur la modification de l'enregistrement du sexe).

*politique*¹¹». Dans les pages et les lignes qui suivent, je commencerai par aborder les questions d'épistémologie s'articulant autour de la neutralité. D'abord, comment, en tant que femme, l'expérience vécue peut-elle participer à la construction de mon savoir et de ma réflexion? Je réfléchirai, ensuite, à la prétendue neutralité de mon objet de recherche, à savoir la neutralité des normes juridiques. (Partie I, Chapitre I) Enfin, la notion de sexe sera examinée afin d'en cerner au mieux la réalité complexe. Je me demanderai dans quelle mesure la notion de sexe est politiquement située et s'il s'agit purement d'une notion scientifique et biologique. (Partie I, Chapitre II)

La deuxième partie de ce mémoire sera articulée autour de l'assignation sexuelle et, spécifiquement, du droit de l'état civil et du régime juridique des déclarations de naissance qui, pour rappel, comportent obligatoirement la mention du sexe de l'enfant. Cette section portera également sur la définition juridique du sexe, ainsi que sur la réalité des naissances des enfants intersexes. A cet égard, il convient de noter que les personnes intersexes se définissent comme « *des individus dont les caractères sexuels sont atypiques ou non conformes aux normes généralement admises* »¹². Ensuite, la réflexion ira au-delà de l'assignation sexuelle pour s'intéresser à la publicité dont elle fait l'objet. En effet, non-seulement l'individu, même intersexe, est assigné sans négociation possible à un sexe à la naissance, mais encore, cette assignation est relativement publicisée puisque la donnée sexuelle est inscrite sur les documents d'identité et peut être déduite du numéro national. J'analyserai donc, non seulement la question de l'assignation du sexe à la naissance, mais aussi celle de la publicité *de facto* de l'assignation sexuelle. Quels sont les intérêts et les fonctions d'un tel régime juridique en matière d'identité de genre ? (Partie II, Chapitre I)

Les deux derniers chapitres du mémoire porteront sur la cohérence et l'articulation du paysage juridique relativement à la binarité obligatoire, notamment au regard du régime mis en place par la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe. En effet, si la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe, et l'interprétation qui en est faite par

¹¹ ANNE REVILLARD, KARINE LEMPEN, LAURE BERENI, « A la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », *Nouvelles Questions Féministes*, 2009/2, vol. 28, p. 5.

¹² ERIK SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe? Une perspective*, Rapport du Conseil de L'Europe, novembre 2013, p. 27, disponible sur : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/les_droits_des_enfants_intersexes_et_trans_sont-ils_respectes_en_europe__une_perspective.pdf

l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle¹³, permettent et libéralisent le changement de sexe, quel est l'intérêt de continuer à inscrire le sexe des nouveau-nés à la naissance ? Pourquoi assigner aux enfants un sexe dont ils pourront éventuellement se départir ? Avant de conclure, l'attention sera portée sur l'opportunité, les avantages et les inconvénients, d'autres systèmes juridiques prévoyant la mention « neutre » ou l'absence de déclaration. Ces options seront étudiées à la lumière des pratiques de discrimination positive. La question de savoir comment concilier discrimination positive et absence de déclaration du sexe sera également abordée. En effet, combattre la discrimination signifie problématiser et visibiliser le facteur discriminatoire. Il existe donc une tension entre l'objectif, qui consiste en la disparition des catégories de sexe et des discriminations qui s'y attachent, et les instruments permettant d'atteindre ce même objectif qui impliquent de visibiliser les différences de traitement actuelle entre les hommes et les femmes¹⁴. (Partie II, Chapitre III)

Si cette étude a comme toile de fond et comme objet une question à caractère juridique, il s'agit toutefois d'un mémoire en études de genre. Les questions seront donc abordées comme des problématiques de genre s'inscrivant dans un système patriarcal, plutôt que comme des questionnements législatifs. Avant tout, il convient encore de noter que le terme « sexe » sera employé dans son sens commun et donc comme indiquant la « *conformation spécifique permettant de distinguer l'homme et la femme par des signes physiques extérieurs* »¹⁵. En ce qui concerne l'expression « identité de genre », ou plus simplement « genre », celle-ci s'étendra conformément aux principes de Jogjakarta, comme « *faisant référence à l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »¹⁶.

¹³ C. const., arrêt 99/2019 du 19 juin 2019, n° 6813.

¹⁴ JOAN W. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre*, 2002/2.

¹⁵ <https://www.cnrtl.fr/definition/sexe>

¹⁶ Principes de Jogjakarta plus 10, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2017, <https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/>

6. **Développements.** L'approche des études de genre appelle à repenser la méthode scientifique et le positionnement du chercheur face à son objet. Pour introduire mon propos, j'aborderai donc la question de la subjectivité qui est la mienne, en opposition à l'exercice de neutralité généralement attendu des académiques et des étudiant·e·s. Dans cette même démarche, j'analyserai la question de la neutralité de l'objet étudié, à savoir la neutralité de la production normative en lien avec la binarité de genre.

Un second chapitre sera ensuite axé sur une réflexion articulée autour de la notion de sexe et de la différence sexuelle qui organise le fonctionnement de la société. L'analyse portera sur le trajet qui, partant d'une différence biologique, arrive à projeter des croyances sur les choix et les préférences des individus. A ce propos, je chercherai à examiner la place du sexe comme catégorie biologique, politique et juridique.

Subjectivité de l'auteure

7. **Le caractère politiquement situé de la science.** La science, et la recherche scientifique et académique, se déclarent neutres. La neutralité et l'objectivité sont reconnues comme l'objectif même de la recherche, qui ne devrait faire que comprendre, traduire et expliquer des vérités immuables, vérifiables et objectives¹⁷. Cette rhétorique, cette pratique de croyances scientifiques, socialement construite, façonne notre compréhension du monde en objets tangibles¹⁸. Seulement, ce processus d'objectivisation du monde a été réalisé, jusqu'ici, en faisant l'économie des femmes. Celles-ci ont été tenues à l'écart du savoir tant en termes d'apprentissage, que de construction de nouvelles connaissances¹⁹. De ce fait, les savoirs produits sont incomplets et partiels, car privés de l'expérience d'une moitié de l'humanité²⁰. En effet, la conception de la science comme d'une réalité objective et neutre a, non seulement nié le caractère politiquement et socialement situé de la production

¹⁷ DONNA HARAWAY, *Le manifeste cyborg et autres essais*, Exils éditeur, 2007, p. 113.

¹⁸ DONNA HARAWAY, *op.cit.*, p. 108.

¹⁹ ISABELLE BOISCLAIR, « Savoirs féminins, savoirs féministes, savoirs situés », sur « Penser nous devons ! », de MARIA PUIG de la Bellacasa, *L'Harmattan*, Ouverture philosophique, Spirale, p. 68.

²⁰ ISABELLE BOISCLAIR, « Savoirs féminins, savoirs féministes, savoirs situés », *op. cit.*, p. 68.

scientifique, mais a aussi rendu possible l'infériorisation de l'émotif, de l'affectif et du subjectif et, en d'autres termes, de tout ce qui est symboliquement associé au féminin²¹.

8. **Standpoint ou savoir situé.** En réponse à l'impossibilité de la production d'une science abstraite totalement émancipée de ses géniteurs, la théorie du *standpoint*, ou des savoirs situés, s'inscrit non-seulement en contraposition du principe de neutralité de la science, mais affirme encore qu'une recherche politisée, construite à partir des réalités concrètes issues du quotidien, notamment des femmes, améliore la qualité du résultat²². Ainsi, le point de vue adopté par les études féministes est, le plus souvent, énoncé. Il ne s'agit donc plus d'un biais, mais d'une affirmation²³. Comme l'exprime C. Delphy, « *toute connaissance est le produit d'une situation historique qu'elle le sache ou non. Mais qu'elle le sache ou non fait une grande différence ; si elle ne le sait pas elle se prétend neutre, elle nie l'histoire qu'elle prétend expliquer*²⁴ ». Nier sa propre implication dans un sujet peut conduire à une analyse partielle, voire biaisée. Alors que, à l'inverse, la conscience et la reconnaissance de sa propre subjectivité sont davantage garantes d'une réflexion de qualité²⁵.

En ce sens, tout en refusant un positionnement essentialiste²⁶, selon lequel le fait d'être une femme ou un homme conduirait à voir le monde et réfléchir de manière (pré)déterminée, les études de genre reconnaissent l'idée selon laquelle les expériences vécues en tant que femme ou homme au sein d'une société genrée produisent des savoirs qui construisent des manières de faire et de penser²⁷.

9. **Standpoint de l'étudiante.** Ce mémoire est écrit par une femme dans le cadre d'un Master en études de genre, et, s'il n'existe pas d'essence féminine ou masculine qui conduirait à percevoir le monde d'une manière prédéfinie, appréhender le sujet en tant que femme dans le cadre d'un Master en études de genre est certainement différent que l'appréhender dans d'autres circonstances. En effet, les vécus particuliers des femmes

²¹ *Ibid.* p. 68.

²² *Ibid.*, p. 69.

²³ *Ibid.*, p. 68.

²⁴ CHRISTINE DELPHY, *L'ennemi principal*, I, Syllepse, Paris, 1998, p. 277.

²⁵ MARIE-XAVIÈRE CATTO, JULIETTE GATÉ, CHARLOTTE GIRARD, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, CAROLINA VERGEL-TOVAR, « Question d'épistémologie : les études de genre en terrain juridique », in *Ce que le genre fait au droit*, sous la direction de A. LYON-CAEN ET H. MUIR WATT, Dalloz, 2013, p. 19.

²⁶ NAOMI SHOR, « Cet essentialisme qui n' (en) est pas un », disponible sur <https://www.multitudes.net/cet-essentialisme-qui-n-en-est-pas/>

²⁷ MARIE-XAVIÈRE CATTO, JULIETTE GATÉ, CHARLOTTE GIRARD, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, CAROLINA VERGEL-TOVAR, *op. cit.*, p. 19.

et des hommes construisent des compréhensions et des rapports au monde différents. Dès lors, poser la question même de la pertinence de la binarité femme/homme dans le droit est, en elle-même, une démarche politiquement située. Cette entreprise trouve sa source dans l'appartenance au groupe juridique et social des femmes, groupe défavorisé et victime de violences.

C'est sur base de cette réflexion, touchant à l'existence et au vécu de l'individu derrière sa recherche, que j'ai choisi de rédiger ce mémoire à la première personne. Ce choix permet de visibiliser l'autrice, sa personnalité, son existence et sa pensée, plutôt que de l'effacer derrière une formulation impersonnelle ou plurielle laissant une apparence de neutralité à l'écrit. Les références faites aux auteurs et aux autrices ayant nourri ma réflexion porteront, pour ce même motif, leurs noms et prénoms tant en note de bas de page qu'en bibliographie.

10. L'objet étudié. Outre la question, étudiée ci-avant, de la neutralité de la chercheuse ou du chercheur, se pose également la problématique de la neutralité de l'objet étudié. Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'objet est constitué des normes juridiques entourant la catégorisation juridique femme/homme. Les règles entourant le sexe féminin et masculin sont, elles-mêmes, une production politiquement située dans un espace et à un moment donné. Leur prétendue neutralité fera l'objet de la section suivante. Cette réflexion sera corroborée par l'étude de la notion de sexe.

Neutralité des normes

11. Si la question de la neutralité de l'auteur de ce texte a été abordée à la section précédente, la problématique de la neutralité des règles de droit et de leur prétendue imperméabilité à la domination masculine et au patriarcat doivent également être questionnées. En effet, sous couvert de normes qui se présentent comme neutres, le droit participe à créer et entretenir des rapports sociaux de genre. On observe, en effet, un alignement structurel de la règle de droit sur les intérêts des hommes²⁸.

²⁸ STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ ET DIANE ROMAN, « Du sexe au genre : le corps des femmes en droit international », in *Féminisme(s) et droit international*, sous la dir. de EMMANUELLE TOURME JOUANNET, LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, HORATIA MUIR WATT ET HÉLÈNE RUIZ FABRI, Etudes du réseau Olympe, 2016, p. 265.

12. **Le bon père de famille.** Au sein des écrits juridiques, et de manière transversale, les règles de droit s'adressent au bon père de famille. La notion du bon père de famille « vise à décrire le comportement attendu de toute personne, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme, d'un-e étudiant-e ou d'une mère de famille, dans la gestion et l'entretien d'un bien ²⁹ ». Bien que la notion de *personne prudente et raisonnable* semble graduellement s'imposer, en droit belge, la référence au bon père de famille demeure incontournable, et ce, alors même qu'elle affiche explicitement une vision patriarcale de la société. En ce sens, le critère du bon père de famille a été jugé discriminatoire et supprimé en France³⁰.

Mais qui est exactement ce bon père de famille ? Et, qui pourrait être cette *personne normalement prudente et raisonnable* ? L'individu auquel les normes s'adressent, le *bon père de famille*, l'homme normalement prudent et diligent, mais aussi toute personne normalement avisée, a été conçu selon le modèle et l'idéal de « l'homme blanc »³¹. De manière explicite, la référence même au *bon père de famille* rappelle que le citoyen standard, est un homme, marié, ayant des enfants et capable d'assumer financièrement sa progéniture. Il ressort de cette notion que l'individu moyen, en droit, n'est pas une femme lesbienne sans enfant, ni une mère célibataire. D'emblée, le langage juridique prend en défaut certaines catégories d'individus. La production normative n'est pas neutre, et les règles sont pensées à partir de, et pour s'appliquer à, cet homme standard abstrait, prudent et diligent. Encore, les normes ne font pas que s'adresser à cet idéal-type, mais elles en construisent la réalité et en dessinent les contours³². Ainsi, le bon père de famille n'a pas d'existence à priori, dans la nature, avant la notion juridique qui le crée, il existe précisément parce que le droit le façonne³³.

13. **De la nature à la culture, la construction de la binarité.** L'organisation et le fonctionnement des règles de droit participent à maintenir et à ordonner l'ordre hétérosexuel, qu'elles défendent au titre d'un état de fait inné et naturel³⁴. Seulement,

²⁹ *Droits des femmes. Code commenté*, sous la dir. de D. BERNARD ET C. HARMEL, Projet de l'asbl Fem&L.A.W, 2020, p. 2.

³⁰ *Droits des femmes. Code commenté, op. cit.*

³¹ JOAN W. SCOTT, *op.cit.*, p. 33.

³² JUDITH BUTLER, *Trouble dans le genre*, La découverte, 2006, p. 61 et MICHEL VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques », *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, sous la dir. de PAUL AMSELEK, ZENON BANKOWSKI, JACQUES BOUVERESSE, PUF, 1986.

³³ JUDITH BUTLER, *Trouble dans le genre*, p. 61 ; et DANIELE LOCHAK, *op. cit.*, p. 676.

³⁴ MONIQUE WITTIG, *La pensée straight*, Editions Amsterdam, éd. 2018, p. 49.

d'une part, l'ordre social maintenu et organisé par le droit n'est pas naturel et, d'autre part, le concept de nature est à la fois malléable et fragile³⁵. La nature n'existe pas en tant que telle ou de manière pure, car l'être humain n'est jamais nu, purement naturel et dépourvu de culture³⁶. « *Un humain purement biologique n'existe nulle part. (...) Nous recevons le langage, la culture. (...) Aucun humain ne peut et ne pourra se passer de nature ou de culture. Nous ne sommes ni âme pure, ni corps pur* »³⁷. Nous sommes à la fois nature et culture, sans qu'il soit possible de distinguer l'un et l'autre, car l'humain est plus que la somme de ces deux composantes. Il n'est dès lors pas possible de savoir ce que serait un être humain purement naturel ou un être humain purement social³⁸. De même, la nature masculine et la nature féminine sont des concepts abstraits et des idéaux-types dont le contenu est un produit social et non-pas un donné naturel et imprescriptible³⁹. Dans cette dynamique, il apparaît que le pouvoir juridique « produit » ce qu'il prétend représenter⁴⁰ et que « *les sujets régulés par des structures sont, par le simple fait d'y être assujettis, formés, définis et reproduits conformément à ces structures. (...)* »⁴¹. Dans la matière qui nous occupe, le politique et la loi, par toute une série de normes, construisent et maintiennent⁴² la binarité des sexes, la différence de genre et l'hétérosexualité comme modèles idéaux. Lorsque les textes normatifs s'adressent au citoyen en tant qu'homme, en tant que femme ou en tant que bon père de famille, ils créent, par le discours juridique même, ces catégories de personnes⁴³. On ne naît donc pas femme⁴⁴, mais on le devient sous la contrainte juridique et politique. On est femme, car, entre autres, notre carte d'identité, nous dit qu'on est femme. Mon analyse portera donc sur la construction des catégories sexuées par le droit.

14. **Le sexe dans le droit.** Bien qu'il ne soit que « *rarement mentionné explicitement, le sexe est omniprésent dans le droit en tant qu'institution d'origine patriarcale dans*

³⁵ THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, Seuil, 2016 ; et VICTOIRE TUAILLON, *Les couilles sur la table*, Binge Audio Editions, 2019, p. 37 – 42.

³⁶ THIERRY HOQUET, *La vraie « nature » du mâle*, interview, 20 décembre 2018, <https://www.binge.audio/la-vraie-nature-du-male/> et THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, op. cit.

³⁷ THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, op. cit.

³⁸ THIERRY HOQUET, *La vraie « nature » du mâle*, op. cit.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ JUDITH BUTLER, op. cit. p. 61.

⁴¹ *Ibid.* p. 61.

⁴² *Ibid.* p. 61 – 71 ; et MICHEL VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques », op. cit.

⁴³ JUDITH BUTLER, op. cit. p. 61.

⁴⁴ SIMONE DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe II*, Gallimard, 1986 et JUDITH BUTLER, op.cit., p. 71.

laquelle la subordination des femmes et des enfants ainsi que l'injonction à l'hétérosexualité constituent les piliers du pouvoir juridique⁴⁵ ». Comme développé ci-avant, le droit n'est pas seulement un outil de gestion et d'organisation de la société, il est aussi une des sources de l'existence des catégories qu'il prétend régir⁴⁶. Ainsi, il produit et contribue à la mise en place, dans le langage de la loi commune, d'une série de distinctions anthropologiques⁴⁷. Par ce biais, le système juridique crée un ordre symbolique nécessaire tant à la cohésion des sociétés humaines qu'aux individus singuliers, dont la construction comme sujets dépend de leur inscription dans l'univers de l'institution⁴⁸. C'est par ce biais que le droit participe à la construction des femmes et des hommes. Encore, il ne se limite pas à construire des femmes et des hommes, il construit une société hétéronormée⁴⁹ dans laquelle les hommes ont un rôle dominant et où les femmes se soumettent aux hommes⁵⁰. Cette réalité est agrémentée par des politiques publiques qui, si elles se présentent comme neutres, sont *de facto* sexistes. Le sexisme des politiques publiques s'affirme dans des nombreux régimes juridiques⁵¹. Je me limiterai, dans le cadre de ce mémoire, à citer à titre exemplatif, deux configurations où le droit est aveugle aux dynamiques de genre. Premièrement, les règles du code judiciaire en matière d'aide juridique gratuite ou partiellement gratuite d'un·e avocat·e en raison de l'insuffisance des ressources financières du demandeur s'appuient sur les revenus du ménage⁵², plutôt que sur les ressources individuelles du demandeur ou de la demanderesse, déconsidérant de ce fait la réalité d'un pourcentage dépendance financière largement plus élevés chez les femmes⁵³. En effet, sous réserve d'un conflit d'intérêts avec le cohabitant⁵⁴, l'aide d'Etat peut être refusée en raison des moyens

⁴⁵ DANIEL BORILLO, « Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum – Belo Horizonte* – v. 5 – n. 2, juillet/décembre 2010, p. 264.

⁴⁶ JUDITH BUTLER, *op. cit.* p. 61.

⁴⁷ IRÈNE THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, p. 159 – 211 ; Cité par DANIELLE LOCHAK, *op. cit.*, p. 676.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 676.

⁴⁹ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 47, 49 – 50.

⁵⁰ MANON GARCIA, *On ne naît pas soumises on le devient*, Climats, 2018.

⁵¹ *Droits des femmes. Code commenté*, sous la dir. de DIANE BERNARD ET CHLOÉ HARMEL, *op. cit.*, p. 396.

⁵² C. jud., art. 508/1 et s.

⁵³ SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « L'importance des statistiques ventilées par sexe pour l'identification et l'analyse des inégalités de genre », *ULB, IWEPS*, Palais des Académies, Bruxelles, 26 avril 2019; DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Lorsque seul le ménage compte : variations autour de la pauvreté des ménages et des individus en Europe », *Travail, genre et sociétés*, 26/2 (2011), pp. 85-104 ; ZOUHAIR ALAOUI, DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Distribution des revenus entre les partenaires des couples en Belgique », *Brussels Economic Review, Cahiers économiques de Bruxelles*, 53/1 (2010), pp. 33-57; DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Le ménage, cache sexe de la pauvreté des femmes », *Revue belge de sécurité sociale* (2009), pp. 599-618.

⁵⁴ Arrêté royal du 18 décembre 2003 déterminant les conditions de la gratuité totale ou partielle du bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne et de l'assistance judiciaire, *M.B.*, 24 décembre 2003, p. 60559, art. 1, §2.

d'existence d'un membre du ménage⁵⁵. Pour une seconde illustration, dans l'affaire *Symes contre Canada*⁵⁶, la cour Suprême du Canada a refusé à une avocate la possibilité de déduire fiscalement les frais de garde d'enfant. Or, l'analyse de l'arrêt au prisme du genre démontre que placer les dépenses de garde d'enfant au rang des dépenses personnelles a pour effet d'entériner une conception du monde du travail adaptée aux besoins des hommes d'affaires⁵⁷. Ainsi, celui, ou, plus vraisemblablement, celle, qui engage des frais de garde et veut gagner ou produire un revenu d'entreprise est privé de l'avantage d'une déduction fiscale de cette dépense⁵⁸.

Même lorsqu'elles ne sont pas explicitement discriminatoires, les règles ne sont pas neutres. Il en ressort que l'architecture juridique est pensée à partir d'un certain point de vue, que ce point de vue n'est pas neutre, et que c'est l'expérience masculine qui dicte la norme. C'est à partir de ce constat que je réfléchirai à la question de la déclaration du sexe de l'enfant, mais avant d'y arriver, c'est la notion de sexe elle-même que j'étudierai au chapitre suivant.

Chapitre III - La notion de sexe

15. Introduction. La différence sexuelle organise, en partie, le fonctionnement de la société. En effet, la donnée biologique de la différence de sexes, basée sur le principe que les femmes mettent au monde, qu'elles allaitent et qu'elles sont généralement plus petites, etc., est appréhendée comme déterminant une assignation spécifique dans la société, alors qu'il s'agit d'une différence peu significative comparée à d'autres, telles que l'âge, la fortune, l'origine ethnique, etc⁵⁹. Toutefois, l'appartenance sexuelle apparaît comme fondamentale lorsqu'il s'agit de définir les rôles sociaux⁶⁰. Dans les lignes qui suivent, je chercherai à illustrer la place du sexe et du genre dans notre société

⁵⁵ DIANE BERNARD, LIOLA DE FUSTENBERG, ELISE FRANCO, ET MARIE-LAURENCE HEBERT-DOLBEC, « Femmes en justice. Un commentaire du code judiciaire Belge », in *Droits des femmes. Code commenté*, sous la dir. de D. BERNARD ET C. HARMEL, un projet de l'asbl Fem&L.A.W, 2020, p. 396.

⁵⁶ Cour Suprême du Canada, *Symes c. Canada*, 1993, 4 S.C.R., 695.

⁵⁷ MARIE-XAVIÈRE CATTO, JULIETTE GATÉ, CHARLOTTE GIRARD, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, CAROLINA VERGEL-TOVAR, *op.cit.*, p. 23.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ DANIEL BORILLO, « Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*, p. 258.

⁶⁰ *Ibid.*

et culture. Pour ce faire, avant d'entamer la réflexion sur le sexe juridique, je m'intéresserai à la transformation du sexe qui, partant d'une catégorie biologique, devient une réalité politique et sociologique. Je terminerai ensuite en étudiant la relation entre le genre et le droit.

Le chemin des données sexuelles : de catégories biologiques à catégories politiques et sociologiques

16. Catégories biologiques. La loi belge ne précise pas ce qui doit être entendu par sexe. De même, la jurisprudence française estime qu'« *une telle notion est indiscutablement d'ordre médical et non juridique, le droit de l'état des personnes ne pouvant que constater une situation de fait*⁶¹ ». Mais quelle est donc cette situation de fait ? La biologie, lorsqu'elle étudie les espèces connaissant une forme de reproduction sexuée, est contrainte de créer des catégories pour classifier ses sujets d'étude. Ainsi, en biologie, les mâles sont ceux qui produisent beaucoup de petits gamètes, alors que les femelles sont celles qui produisent peu de gros gamètes. Ce constat, qui touche à la production de gamètes et qui permet de départager les mâles et les femelles, n'est toutefois pas apte à dichotomiser les êtres humains dans les deux catégories, autrement plus complexes, que sont celles des hommes et des femmes. Pour cette dichotomie, c'est la culture qui prend le relais, les catégories des femmes et des hommes, telles que nous les connaissons aujourd'hui, sont, des constructions sociales⁶².

Les sciences nous expliquent aujourd'hui que le sexe est constitué de nombreuses caractéristiques qui, pour la plupart, ne peuvent être observées à l'œil nu. Il s'agit des organes génitaux internes, des gonades, des hormones sexuels, des chromosomes et des gènes. Sur base de l'observation de ces paramètres, Anne Fausto-Sterling distingue, non pas deux, mais bien 5 sexes⁶³. Il apparaît ainsi encore plus clairement que chercher à catégoriser les personnes en deux catégories, hommes et femmes, ne reflète pas une dichotomie naturelle. Encore, la binarité invisibilise complètement les personnes intersexes dont les organes génitaux ne peuvent être rattachés à l'une ou à l'autre catégorie. Or, ces personnes sont bien présentes dans la nature.

⁶¹ TGI Saint Etienne, 26 mars 1980, D., 1981.270.

⁶² VICTOIRE TUAILLON, *op. cit.*, p. 37-38.

⁶³ ANNE FASUTO-STERLING, *Les cinq sexes, pourquoi mâle et femelle de sont pas suffisants*, 1993, Payot et Rivages, 2018.

17. Une différence physique qui projette une série de croyances sur les individus. Si nous distinguons deux sexes, et si nous accordons autant d'importance à ces deux sexes qu'il nous paraît nécessaire de les inscrire à l'état civil, c'est précisément parce que la différence physique projette sur les sujets une série de croyances relatives à leur individualité. Une conception naturaliste de l'homme porte à penser « *que ce sont exclusivement les conditions naturelles qui partout conditionnent [le] développement historique, la conception naturaliste de l'histoire (...) est unilatérale et elle oublie que l'homme réagit sur la nature, la transforme et se crée des conditions nouvelles d'existence*⁶⁴ ». Ainsi, nous choisissons de voir, ou de ne pas voir, certaines caractéristiques plutôt que d'autres. Si nous pouvons éventuellement observer des différences physiques entre les mâles et les femelles biologiques, cela ne permet pas d'en tirer des règles sur leur comportement, ni d'opérer une hiérarchisation emportant la subordination du genre féminin et donc des femmes⁶⁵.

Dans ce contexte, par la binarité obligatoire, et par la déclaration du sexe à l'état civil, l'arsenal juridique et le « *genre juridique alimente[nt] l'illusion naturaliste de l'existence de deux réalités sociales clairement distinctes. Or, la sociologie met en évidence que la distinction entre les hommes et les femmes provient plutôt des constructions idéologiques et sociales que de caractéristiques invariables et naturelles. C'est dans les rapports historiques de dominations que s'est forgé le caractère féminin et masculin de telle sorte que le genre est le résultat de cette histoire et non pas dans l'expression spontanée d'une concordance avec la réalité biologique mâle/femelle. Les intersexes sont les premières victimes de cette logique binaire des genres.*⁶⁶ »

18. La subordination des femmes et l'hétéronormativité. Les catégories sexuelles ne divisent pas seulement les individus en deux sexes, mais encore, elles construisent la subordination des femmes et l'hétéronormativité⁶⁷. En effet, « *le sexe indique, dans le même temps, la nature biologique des êtres sexués (mâles et femelles) et les rapports*

⁶⁴ FRIEDRICH. ENGELS, *Dialectique de la nature*, Paris, Editions sociales, 1968, p. 187.

⁶⁵ THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, op. cit. ; THIERRY HOQUET, *La vraie « nature » du mâle*, op. cit., <https://www.binge.audio/la-vraie-nature-du-male/> ; et VICTOIRE TUAILLON, op. cit., p. 37 – 42.

⁶⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée*, Audition de DANIEL BORRILLO devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, le 19 mars 2013, p. 6.

⁶⁷ MONIQUE WITTIG, op. cit., p. 44.

familiaux et sociaux qu'entretiennent les genres masculins et féminins entre eux. Cette vision relationnelle du sexe suppose une idéologie qui est non seulement celle de la subordination des femmes, mais aussi et surtout celle de la nécessaire complémentarité entre les sexualités autrement dit l'hétérosexualité obligatoire⁶⁸ ». Si, aujourd'hui la discrimination directe n'est plus admise dans le droit, il me semble important de rappeler que le Code de civil de 1804 distinguait deux sexes en vue d'organiser l'infériorité juridique des femmes.⁶⁹ Et, encore actuellement, « l'idéologie de la différence des sexes opère dans notre culture comme une censure, en ce qu'elle masque l'opposition qui existe sur le plan social entre les hommes et les femmes en lui donnant la nature pour cause. (...) Car Il n'y a pas de sexe. Il n'y a de sexe que ce qui est opprimé. C'est l'oppression qui crée le sexe et non l'inverse. L'inverse serait de dire que la cause (l'origine de l'oppression doit être trouvée dans le sexe lui-même, dans une division naturelle des sexes qui préexisterait à (ou existerait en dehors de) la société. ⁷⁰» Ainsi, les théories queer affirment que la fin des sexes aura comme conséquence l'abolition de la hiérarchie inhérente au genre. C'est pour cette raison que la suppression de la mention du sexe sur la carte d'identité est réclamée⁷¹.

Le sexe dans le droit positif

19. Binarité juridique. Le droit positif se fonde sur une conception binaire, conformément à laquelle les administrés sont soit des femmes, soit des hommes. Si le changement juridique de sexe est désormais admis, sous réserve des changements apportés par l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle qui sera étudié *infra*, le régime juridique établi par le législateur prévoit seulement la possibilité de passer d'un sexe à un autre, sans pouvoir donc s'affranchir ou s'émanciper des catégories binaires et genrées. En droit belge, la seule exception admise au principe de la binarité est celle des enfants intersexes, dont la déclaration du sexe peut, à condition de présenter un certificat médical, être postposée de trois mois⁷². (Partie II, Chapitre I)

⁶⁸ DANIEL BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*, p. 10.

⁶⁹ *Ibid*, p. 16.

⁷⁰ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 44.

⁷¹ NELLY LAS, « La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », *Controverses*, n° 8, p. 28.

⁷² C. civ., art. 48.

Face à ce constat, même si nous voulions admettre dans ce travail, ce que nous ne faisons pas, que les femmes et les hommes sont des catégories immuables et naturelles, il n'en resterait pas moins que la binarité organisée par le Code civil ne reflète pas l'état des choses puisqu'il oublie la catégorie des personnes intersexes. Ainsi, si l'observation du sexe devait permettre de tirer des leçons juridiques, elle devrait *a minima* conduire à la création de plus que deux catégories puisque l'on peut observer des femelles, des mâles et des anatomies qui n'appartiennent pas à cette dichotomie, tout en étant saines et viables. Trois catégories sont donc requises *a minima* pour refléter la nature.

20. **Identité et état civil.** L'état civil n'a pas pour fonction de représenter des catégories sexuelles naturelles et immuables, mais de construire et préserver une société hétéronormée⁷³. En Belgique, un espoir de changement repose dans le récent arrêt de la Cour constitutionnelle qui a jugé que les catégories « homme » ou « femme » ne peuvent être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge. En revanche, au sujet d'une personne intersexe souhaitant que le caractère neutre de son sexe soit reconnu à l'état civil, la Cour de cassation française a considéré que « *la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur* » ainsi que « *les règles du droit français sont construites à partir de la binarité des sexes.*⁷⁴ » A noter que la décision concernée fait aujourd'hui l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵.

Conclusion

21. Suite à ces considérations, il est possible d'affirmer qu'il n'existe pas de différence objective antérieure au genre. C'est le genre lui-même qui produit la différence sexuelle et la maintient⁷⁶. Il n'est pas dans l'ordre naturel des choses de naître comme être sexué. La catégorie de sexe n'est dès lors ni invariable, ni naturelle. Il s'agit, au contraire, de

⁷³ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 47, 49 – 50.

⁷⁴ Cass. Civ., 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16 – 17.189.

⁷⁵ BENJAMIN PITCHO, Communiqué de presse, Paris, 4 mai 2017. Disponible sur : <https://twitter.com/BenjaminPitcho/status/860112374954590209/photo/1>

⁷⁶ JUDITH BUTHLER, *op. cit.*

l'usage politique d'un classement biologique permettant de servir et perpétuer le modèle social et culturel basé sur l'idéal de l'hétérosexualité⁷⁷.

22. Comme détaillé dans les paragraphes précédents, lorsque le droit reconnaît des catégories binaires, celles des femmes et des hommes, son action n'est pas reconnitive face à une dichotomie qui existerait indépendamment de lui, mais constitutive en ce qu'elle construit les catégories des hommes et des femmes⁷⁸. Comme l'exprime Danièle Lochak, « *c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer des droits et obligations ou régler certaines situations. (...) Ce n'est pas parce que les hommes et les femmes existent comme catégories biologiques, sociales ou anthropologique qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques* ⁷⁹ ». Selon Monique Wittig, le défi du féminisme doit être celui de la destruction de la catégorie homme/femme⁸⁰. Le chapitre suivant se concentrera donc sur l'assignation du sexe, et de l'identité de genre, à la naissance. Il sera suivi d'une réflexion sur la modification et sur la suppression du régime de collecte de cette même donnée.

⁷⁷ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁸ DANIÈLE LOCHAK, *op. cit.*, p. 661.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 662.

⁸⁰ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 50.

Partie II - L'assignation sexuelle

Introduction

23. **Introduction.** Le chapitre précédant se concentrait sur les implications de la notion de sexe et démontrait à quel point la catégorisation des hommes et des femmes opérée par l'état civil contribue à la construction des catégories binaires que nous connaissons aujourd'hui. Cette catégorisation soulève une série de questions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi qu'à la construction de l'hétéronormative.

Dans les lignes qui suivent, je m'attacherai à examiner les enjeux de l'assignation sexuelle à la naissance en partant de la définition de l'état civil et des fonctions qu'elle occupe. L'analyse portera sur la notion juridique du sexe en passant par la situation des enfants intersexes et la publicité relative accordée à cette donnée. La suite du raisonnement sera fondée sur l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle et cherchera à comprendre s'il existe une contradiction entre la déclaration du sexe à la naissance et le régime actuel applicable aux personnes trans*.

Pour terminer, j'analyserai la possibilité de déclarer un sexe neutre ainsi que celle de ne pas déclarer un sexe à la naissance. Cette dernière solution appellera une réflexion relative aux techniques de discriminations positives, qui ne peuvent être mises en place que relativement à une donnée sexuelle qui est connue.

Chapitre I - La tenue des registres de l'état civil

24. **L'état civil : une des composantes fondamentales de notre démocratie.** La tenue des registres d'état civil a succédé aux actes et registres autrefois établis par l'Eglise et les curés⁸¹. L'importance de la tenue de ces registres est telle que leur administration est règlementée dès le texte constitutionnel, selon lequel : « *La rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités*

⁸¹ ERNEST GÖTZ, « L'enregistrement de l'état civil », in *Les personnes physiques. L'Enregistrement de l'Etat civil*, sous la dir. de JACQUES-MICHEL GROSSEN et ERNEST GÖTZ, Tome 2, Editions universitaires Fribourg, 1974, p. 110; et ALAIN CHARLES VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, 2013, Anthémis, p. 45.

*communales*⁸²». En ce sens, et selon les travaux préparatoires de la loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue d'encourager des formes alternatives de résolution des litiges, « *l'état civil est l'une des composantes fondamentales de notre démocratie*⁸³ ». Encore, les sanctions de nature pénale encourues par les officiers d'état civil témoignent de l'importance accordée aux données récoltées par les registres⁸⁴.

25. Fonction historique de l'état civil. Historiquement, « *l'objet du droit de l'état civil et de son enregistrement par les autorités civiles est de posséder un rôle du statut personnel de chaque personne au sens le plus large du terme, c'est-à-dire, comprenant la date de naissance, la filiation, l'état civil, les noms (noms de famille et prénoms) ainsi que le droit de cité. [...] Les registres de l'état civil ont été créés pour répondre aux besoins de l'Etat moderne et, en particulier, de l'administration. Il s'agit d'un rouage indispensable à tout Etat civilisé et administré. Si lors d'une confrontation ou d'un rapport entre une autorité et d'un particulier, il y a lieu de connaître la situation exacte d'une personne, c'est-à-dire son âge, son statut personnel, son droit de cité, l'organisation sociale moderne exige l'existence d'un système perfectionné et complet de registre de l'état civil, permettant de répondre de manière précise et rapide aux questions posées.*⁸⁵ » Aussi nécessaire et raisonnable qu'elle soit, il en ressort que la tenue des registres de l'état civil était, et reste, un instrument de contrôle de l'administration de la population. A noter que, suite à la réforme survenue en 2019, les actes de l'état civil sont établis de manière électronique uniquement et conservés dans la Banque de données des actes de l'état civil, connue sous l'acronyme BAEC⁸⁶.

26. Le droit belge. Aujourd'hui, et dans la continuité de sa fonction historique, la fonction des actes d'état civil est celle : « - *d'établir des faits et des actes juridiques qui fixent ou modifient l'état d'une personne; - d'assurer la sécurité juridique en matière d'état de la personne; - d'assurer la preuve de l'état de la personne, au moyen des actes de l'état*

⁸² Constitution belge, art. 164.

⁸³ Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la justice par Mme Özlem Özen, *Doc. parl.*, Chambre, 2017/2018, 9 mai 2018, Doc 54-2919/006, p. 4. Je souligne.

⁸⁴ C. Pén., art. 263 – 265.

⁸⁵ ERNST. GÖTZ, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁶ Voir au sujet de la réforme : MARC PETIT, « Banque de données des actes de l'état civil (BAEC) : Entrée en vigueur reportée, loi modifiée et nouvel A.R. », *Info Droits de succession*, 1/2019, Wolters Kluwer, p. 32-33.

*civil, et de conserver soigneusement cette preuve.*⁸⁷ » Le Code civil précise encore que les actes d'état civil sont des actes authentiques⁸⁸ et qu'ils font la preuve de l'état de la personne à moins que la loi n'en dispose autrement⁸⁹. Le statut civil est d'ordre public et donc, en principe, indisponible, imprescriptible et indivisible. Ces principes s'estompent aujourd'hui au profit de l'autonomie de la volonté des citoyens et d'une certaine fluidité de l'identité de genre⁹⁰. En effet, les individus peuvent, dans des cadres limités, modifier leur état civil, et notamment leur sexe, prénoms, noms, établir leur filiation par reconnaissance, etc⁹¹. Toutefois, pour revenir au sujet de cette étude, jusqu'à récemment, le sexe apparaissait comme un élément d'ordre public et était donc indisponible⁹².

Il ressort du Code civil qu'à ce jour « *l'état d'une personne est constitué par l'ensemble des qualités d'une personne qui définissent sa situation juridique par rapport à sa famille et à la société et qui la distinguent des autres personnes en ce qui concerne la possession et l'exercice de certains droits* »⁹³. Par ce biais, l'état civil rattache les individus à l'Etat. C'est ici qu'intervient le choix de visibiliser certaines différences plutôt que d'autres et que se construit l'identité sexuée des individus dans la société (Partie I, Chapitre II). Le choix des données devant être inscrites à l'état civil, et composant donc le statut de la personne, est complexe. En effet, les caractéristiques essentielles qui composent l'humain, et qui sont donc appelées à en dessiner le statut, doivent être distinguées d'éléments circonstanciels et muables⁹⁴. Récemment, dans le cadre de la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe, le législateur a tempéré l'indisponibilité de l'état des personnes « *afin d'autoriser les personnes dont l'identité de genre ne correspond pas à l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance à modifier cet enregistrement et a ainsi entendu « offrir à chaque individu le maximum de*

⁸⁷ C. civ., art. 6, §1.

⁸⁸ C. civ., art. 14, al. 1.

⁸⁹ C. civ., art. 23.

⁹⁰ SYLVIE CAP, GEOFFREY WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenre : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, sous la coord. de JEANNE. SOSSON, Larcier, 2018, p. 8.

⁹¹ ALAIN CHARLES VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, 2013, Anthémis, p. 37 ; et SYLVIE CAP, GEOFFREY WILLEMS, *op. cit.*, p. 8.

⁹² Commission nationale consultative des droits de l'homme, *L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée*, *op. cit.*, p. 1.

⁹³ C. civ., art. 6, §2.

⁹⁴ ALAIN CHARLES VAN GYSEL, *op. cit.*, p. 35.

*chances de s'épanouir d'une manière qui lui corresponde réellement sans devoir satisfaire à des exigences excessives*⁹⁵»⁹⁶». Le sexe continue donc de figurer à l'état civil, mais peut être modifié. Si la donnée sexuelle peut être modifiée, pouvons-nous toujours considérer qu'elle est suffisamment précise et immuable que pour permettre une identification essentielle de l'individu ?

27. Droits et obligations. S'il résulte des dispositions précédentes que les mentions reprises à l'état civil ont un objectif probatoire, il n'en est pas moins que ces preuves ont ensuite pour fonction d'accorder aux individus des droits et obligations. Mais quels droits et quelles obligations sont en jeu aujourd'hui relativement au sexe ? Si ce n'est celui de permettre la mise en place de régimes de discrimination positive ? Ou de rapporter la preuve du sexe dans le cadre de compétitions sportives ? (Partie II, Chapitre III)

La naissance

La déclaration et la notification de naissance

28. Sources juridiques de la déclaration de naissance. Bien que les travaux préparatoires de la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe 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 suggèrent une possible future disparition de l'enregistrement du sexe⁹⁷, et que la Cour constitutionnelle belge ait, comme la Cour constitutionnelle allemande⁹⁸, suggéré au

⁹⁵ 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 KARINE LALIEUX, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, 19 mai 2017, DOC 54-2403/004, p. 9.

⁹⁶ C. const., arrêt 99/2019, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁷ 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 KARINE LALIEUX, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁸ BVerfG, 1ère Ch, 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 65. Sur cet arrêt : CAMILLE JAEGLE, « La reconnaissance d'un troisième sexe par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : une avancée considérable vers l'intégration des personnes intersexes dans l'ordre juridique », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits Libertés, Disponible sur : <http://journals.openedition.org/revdh/3847>

législateur une modification profonde des règles en vigueur et une éventuelle disparition du sexe⁹⁹, à ce jour l'enregistrement du sexe à la naissance demeure obligatoire.

Les règles relatives aux actes de naissance sont énoncées aux articles 42 à 49 du Code civil. Lors d'une naissance, deux démarches parallèles sont prévues. Il s'agit, d'une part, de la déclaration de naissance effectuées par les parents, et, d'autre part, de la notification de naissance qui doit être faite par toute personne ayant assisté à l'accouchement.

29. La notification de naissance. La notification de naissance, avec attestation médicale, est faite à l'officier de l'état civil le premier jour ouvrable qui suit la naissance par le responsable de l'établissement de soin, ou de l'hôpital, ou par toute personne ayant assisté à l'accouchement, ou chez qui l'accouchement a eu lieu¹⁰⁰. Lorsque les parents s'abstiendraient de déclarer la naissance, l'officier de l'état civil pourra dresser l'acte de naissance sur base de cette première notification de naissance.

Il ressort des normes en vigueur que l'institution médicale est placée dans un rôle central dans le cadre de la mise au monde. Le processus de naissance est instantanément médicalisé. Les naissances à domicile sont appréhendées comme l'exception face à la norme, incarnée par la médicalisation des naissances¹⁰¹.

30. La déclaration de naissance. En parallèle de la notification de naissance qui incombe, en principe, à l'hôpital, le père ou la coparente, et la mère, ou l'un d'eux, font la déclaration de naissance à l'officier de l'état civil du lieu de naissance dans les quinze jours qui suivent la venue au monde de l'enfant. Lorsque le dernier jour de ce délai est un samedi, un dimanche, ou un jour férié légal, il est alors prolongé jusqu'au premier

⁹⁹ « la création d'une ou plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également de la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil », C. Const., arrêt 99/2019, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ C. civ., art. 42.

¹⁰¹ Sur cette question voir notamment : MARIE-HÉLÈNE LAHAYE, *Accouchement. Les femmes méritent mieux*, Michalon, 2018 ; FRANCE LAURENDEAU, *La médicalisation de l'accouchement, Recherches sociographiques*, 1983, 24 (2), 235–243. <https://doi.org/10.7202/056034ar> ; BÉATRICE JACQUES, « L'expérience de la maternité sous influence médicale », *Face à face*, 2/2000, URL : <http://journals.openedition.org/faceaface/551>

jour ouvrable qui suit¹⁰². Suite à la déclaration des parents, l'officier de l'état civil établit l'acte de naissance¹⁰³. Une série de documents sont remis aux parents afin qu'ils puissent accéder aux allocations familiales, inscrire l'enfant comme personne à charge, et procéder aux autres démarches administratives¹⁰⁴.

Acte de naissance

31. **Les mentions relatives à l'enfant.** L'acte de naissance mentionne la date de naissance, le lieu de la naissance, l'heure de la naissance, le sexe, le·s nom·s et le·s prénom·s¹⁰⁵. Notons que le Code civil n'apporte pas davantage de précisions quant aux catégories de sexes envisageables¹⁰⁶, il ne nous dit pas si elles sont deux ou trois, s'il s'agit d'homme, de femme, de sexe neutre, etc. La binarité n'a pas besoin d'être explicitée dans la loi, elle va de soi. La déclaration auprès de l'officier d'état civil a pour effet d'assigner un sexe à l'enfant. Par la mention de son sexe dès l'établissement de l'acte de naissance, l'enfant est juridiquement inscrit dans une trajectoire genrée. Nous naissons ainsi comme des êtres sexués¹⁰⁷. C'est à ce moment que le nouveau-né est juridiquement et symboliquement inscrit dans la logique binaire, femelle ou mâle, femme ou homme.
32. **Enfants intersexes.** Jusqu'en 2007¹⁰⁸, il était impossible, d'un point de vue légal, mais aussi d'un point de vue technique, de déclarer un enfant sans déclarer également son sexe. Dès lors, lorsque le sexe de l'enfant ne pouvait être déterminé à la naissance, les parents n'avaient d'autre choix que de déclarer un sexe fictif¹⁰⁹. Il pouvait donc être nécessaire par la suite de faire rectifier cette mention par le biais d'une action en rectification d'état civil¹¹⁰. Il était en effet impossible de déclarer l'enfant sans sexe,

¹⁰² C. civ., art. 43.

¹⁰³ C. civ., art. 43, §4.

¹⁰⁴ C. civ., art. 43, §3. A noter que le Roi peut déterminer les conditions liées à une déclaration de naissance électronique ; <https://www.belgium.be/fr/famille/enfants/naissance/declaration>

¹⁰⁵ C. civ., art. 44.

¹⁰⁶ MOHAMED CHAABEN, « Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes », *Les Annales de droit*, 11/2017, p. 92.

¹⁰⁷ JUDITH BUTLER, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁸ Loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 57 du C. civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, *M.B.*, 12 juillet 2007, p. 38054.

¹⁰⁹ Proposition de loi du 24 juin 2004 modifiant les articles 55 et 56 du C. civil portant réglementation des actes de naissance, Proposition de loi et développements, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°1242/001, p. 3.

¹¹⁰ Proposition de loi du 4 avril 2007 modifiant les articles 55 et 56 du C. civil portant réglementation des actes de naissance, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme VALÉRIE DÉOM – Annexe, *Doc. Parl.*, Chambre 2006 – 2007, n°1242/005, p. 6.

l'absence de cette mention ne permettant pas d'établir l'acte et donc proscrivant les parents du bénéfice des allocations familiales et l'enfant de la reconnaissance de son identité. Cette réalité nous semble particulièrement emblématique de la force avec laquelle la marque du genre imprime notre démocratie. Ainsi, un enfant dont le sexe n'était pas déterminable n'était juridiquement pas un citoyen. En ce sens, « *la marque du genre semble conférer aux corps leur « qualité » de corps humains ; un nouveau-né ne devient humain que lorsqu'on a répondu à la question de savoir si c'était un garçon ou une fille. Les figures corporelles qui n'intègrent aucun genre tombent en dehors de l'humain, elles constituent même le domaine du déshumanisé et de l'abject contre lequel l'humain se constitue lui-même¹¹¹* ».

33. **Excursus – apprentissage du genre.** Si l'état civil est conçu, comme discuté *supra*, dans l'objectif d'identifier de manière certaine les individus, alors la mention du sexe doit être comprise comme une donnée permettant de cerner notre identité. Ce qui signifie, à tout le moins que, la marque du genre, entérinée à l'état civil, vient façonner et construire la réalité des perspectives du réel qui nous entourent¹¹². Ainsi, lors de l'accouchement, « *quand le médecin ou la sage-femme disent [...] “ c'est un garçon ” ou “ c'est une fille ” ils énoncent, et, ainsi, produisent une réalité anatomique qui déclenche des attentes normatives et des trajectoires d'actions possibles* »¹¹³. Les sciences sociales et l'étude du comportement constatent que le genre attribué à un nourrisson influence et change, de façon plus ou moins inconsciente, le comportement des adultes. Les expériences menées par les académiques de l'université de Paris Saclay¹¹⁴ ont démontré que nous réagissons différemment aux pleurs des nouveau-nés en fonction du genre qui leur a été assigné. A titre d'exemple, à l'âge de trois mois, même si les cris des bébés de sexe féminin ne sont pas plus aigus que ceux des nourrissons de sexe masculin, les adultes persistent à déclarer entendre une différence entre les deux, soutenant que les cris féminins sont plus aigus. Dans la même lignée, les hommes testés considèrent les pleurs de bébés catégorisés comme masculins comme exprimant davantage d'inconfort, que les mêmes pleurs lorsqu'ils sont présentés comme

¹¹¹ JUDITH BUTLER, *op. cit.*, p. 223.

¹¹² ARON ARNOLD, « Le lien entre le langage, le genre et le corps », Entretien avec Luca Greco, *nonfiction.fr*, 16 août 2012.

¹¹³ ARON ARNOLD, *op.cit.*

¹¹⁴ DAVID REBY, FLORENCE LEVRÉRO, ERIK GUSTAFSSON ET NICOLAS MATHEVON, « Sex Stereotypes influence Parents' perception of baby cries », *BMC Psychology*, 2016, disponible sur : <https://bmcpyschology.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40359-016-0123-6>

des cris féminins. Encore, les mères réagissent plus vite pour nourrir les garçons que pour nourrir les filles, et répondent plus rapidement aux pleurs des garçons¹¹⁵. La binarité de genre n'est pas seulement une dichotomie, mais surtout une hiérarchie, entre le masculin et le féminin, dans laquelle ce qui est considéré comme masculin est valorisé, au détriment des comportements désignés comme féminins. De manière très frappante, dès l'âge de 6 ans les filles ont tendance à se considérer comme beaucoup moins intelligentes que les garçons¹¹⁶.

Le sexe juridique

34. **Une notion d'ordre médical.** Malgré l'obligation de la mention du sexe sur l'acte de naissance du nouveau-né, le Code civil belge ne nous dit pas ce qui doit être entendu par sexe. Selon M. L. Rassart, « *la loi n'a pas défini le sexe parce qu'il ne lui appartient pas de le définir. Le sexe est une notion scientifique*¹¹⁷ ». Or, comme mentionné au Chapitre II de la Partie I, la notion de sexe n'est pas circonscrite de manière stable par les sciences, qui comptent aujourd'hui jusqu'à cinq sexes¹¹⁸. Récemment, la Cour constitutionnelle a précisé que, sans vouloir donner de portée normative à cette notion, elle considèrerait, dans le cadre de son arrêt 99/2019, que le sexe enregistré lors de la naissance est déterminé sur base de caractéristique biologiques, chromosomiques et physiques¹¹⁹.

Dans la jurisprudence française, ce n'est pas relativement à la naissance mais au mariage, que la Cour de cassation a trouvé à se prononcer sur la notion de sexe, choisissant comme critère l'apparence extérieure des organes génitaux¹²⁰. En ce sens, il semble qu'aujourd'hui en Belgique, le sexe anatomique, sous la forme des organes apparents serait celui qui retient l'attention du corps médical¹²¹.

¹¹⁵ VICTOIRE TUAILLON, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁶ LIN BIAN, SARAH-JANE LESLIE, ANDREI CIMPIAN, « Gender stereotypes about intellectual ability emerge early and influence children interest », *Science*, 7 Jan 2017, Vol. 355, Issue 6323, pp. 389-391.

¹¹⁷ MICHÈLE-LAURE RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 665.

¹¹⁸ ANNE FASUTO-STERLING, *op. cit.*

¹¹⁹ C. const., arrêt 99/2019, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁰ Cass. Fr, ch. Civ, 6 avril 1903, D.P., 1904, 1, p. 395. A noter que le choix de retenir le sexe apparent à la naissance consistait à l'époque en une mesure de protection de personnes, ne permettant pas de remettre en question le sexe qui aurait été douteux. MARIE-XAVIÈRE CATTO, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil », *Délibérées*, Revue de réflexion critique animée par le Syndicat de la magistrature, 04/2018, p. 13.

¹²¹ MARIE-LAURE TOUNKARA, *Légiférer l'intersexualité en Belgique : un défi pour notre société*, Faculté de droit et criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015. Prom : GENEVIÈVE SCHAMPS.

35. Une donnée modifiable – détournement par le régime juridique du changement de sexe.

Conformément à la loi du 25 juin 2017 loi sur la modification de l'enregistrement du sexe¹²², la modification de la donnée sexuelle inscrite au registre de l'état civil ne requiert pas de transformations physiques¹²³. Cela signifie que le sexe anatomique, entendu au sens sexe femelle ou mâle, enregistré dans les conditions étudiées ci-avant, ne correspond pas toujours à la réalité juridique enregistrée¹²⁴. Dès lors dans le système juridique actuel, pour les adultes, ainsi que, sous certaines conditions, pour les mineurs de plus de seize ans doués de discernement, la mention du sexe sur la carte d'identité n'illustre plus une réalité matérielle déterminée, mais l'identité de genre¹²⁵. A surplus, si la loi concernée ne permettait le changement de sexe, en principe, qu'une seule fois dans la vie des individus, et prévoyait seulement exceptionnellement la possibilité d'un second changement, l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle a annulé les dispositions qui rendaient définitif le changement de l'enregistrement du sexe. Il est, ou sera, dès que les changements législatifs nécessaires auront été adoptés, possible de modifier l'enregistrement du sexe un nombre de fois indéterminé. Dès lors, la donnée enregistrée, qui se trouve sur nos papiers d'identité, est dépourvue d'une logique matérielle et représente uniquement l'identité de genre.

36. Finalités de l'état civil. Le régime juridique applicable à la mention du sexe n'est pas de nature à remplir les finalités identificatoires de l'état civil détaillés ci-avant. En effet, le contenu de l'enregistrement du sexe n'est pas de nature à prouver l'identité physique d'une personne au regard de son sexe anatomique, mais uniquement de désigner son identité de genre. Dans ces circonstances, la question se pose de savoir si la mention du sexe revêt encore un intérêt, autre que celui d'affirmation de soi et son identité de genre. Au regard des objectifs de l'état civil, il me semble que d'autres données biologiques et biométriques seraient davantage aptes à atteindre les objectifs d'identification des personnes et de preuve certaine normalement recherchés par la tenue des registres de l'état civil.

¹²² Loi du 25 juin 2017 loi sur la modification de l'enregistrement du sexe, *op. cit.*

¹²³ C. civil, art. 135/1.

¹²⁴ Loi du 25 juin 2017 loi sur la modification de l'enregistrement du sexe, *op. cit.*

¹²⁵ C. civil, art. 135/1.

Avant de poursuivre la réflexion entourant le sexe juridique et sa publicité relative assurée par les documents d'identité sur base du contenu de l'état civil, je souhaite illustrer la situation des personnes intersexes, celle-ci étant particulièrement emblématique du mécanisme de l'assignation juridique et sociale du sexe.

Les variations sexuelles

37. **Variations sexuelles.** En ce qui concerne la situation des enfants intersexes, le Code civil s'exprime en termes d'ambiguïté sexuelle, ce qui tend sémantiquement à signifier que l'enfant aurait, de fait, un sexe féminin ou masculin, seulement, ce sexe masculin ou féminin, serait ambigu, *alias* difficile à identifier. Or, la majeure partie des enfants présentant une ambiguïté sexuelle est viable et saine, sa particularité étant uniquement celle de présenter une anatomie qui se distingue et qui ne peut être rattachée aux catégories binaires¹²⁶. Cette terminologie démontre une nouvelle fois l'impensé de sortir des catégories femme/homme. Si la terminologie employée interpelle, il en va de même en ce qui concerne l'obligation, après trois mois, de déclarer celui qui devra, finalement, être retenu comme le sexe de l'enfant¹²⁷. Alors que la variation sexuelle demeure appréhendée comme une difficulté temporaire, les personnes concernées souhaitent la reconnaissance par le droit de leur identité spécifique, échappant aux catégories féminin/masculin¹²⁸.

38. **Régime juridique : déclaration différée du sexe.** En droit belge, lorsque l'enfant présente, au moment de sa naissance, une variation sexuelle, et, qu'en d'autres termes, il n'est pas possible de déterminer, sur base de l'échelle binaire, le sexe du nouveau-né, les parents disposent, moyennant une attestation médicale, d'un délai supplémentaire de trois mois pour la déclaration du sexe¹²⁹. Par l'intervention légalement prescrite d'un médecin, ainsi que par la présentation obligatoire d'une attestation médicale, l'architecture de la procédure juridique définit les variations sexuelles comme

¹²⁶ Dans « *l'immense majorité des cas [les variations sexuelles] n'ont aucune incidence sur la santé des personnes concernées* », Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes déposée par Mme Fabienne Winckel et consorts, 24 janvier 2019, (2018 – 2019) Doc 54 3486/001, p. 3. et s.

¹²⁷ C. civ., art. 48.

¹²⁸ S. CAP, G. WILLEMS, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁹ C. civ., art. 48.

pathologiques. Dans cette même logique, en France, la circulaire du 28 octobre 2011¹³⁰ incite les parents à procéder aux « traitements appropriés » afin d’assigner un sexe à l’enfant¹³¹.

39. Réassignations forcées et hétéronormativité. L’obligation d’enregistrer le sexe à la naissance conduit les parents et le corps médical à pratiquer des interventions chirurgicales de mise en conformité¹³². En effet, les démarches juridiques renforcent les attentes sociales d’assignation sexuelle et influencent la perception du besoin d’une intervention médicale¹³³. Un nombre important d’enfants intersexes sont contraints, tantôt à leur insu, et, tantôt également à l’insu de leurs parents, à des interventions chirurgicales de réassignation¹³⁴. Dans la pratique, « *des chirurgies normalisatrices ou traitement hormonaux sont régulièrement entrepris sur les enfants et adolescents intersexués sans leur consentement libre et éclairé et sans nécessité médicale dans le but d’essayer de changer de force leur apparence pour les conformer aux attentes de la société*¹³⁵ ». A cet égard, les principes de Jogjakarta appellent les Etats à « *prendre toutes les dispositions législatives et administratives, ainsi que toute autre mesure, nécessaires pour garantir qu’aucun enfant ne voie son corps irréversiblement altéré par des pratiques médicales visant à lui imposer une identité de genre sans le consentement total, libre et averti de l’enfant, conformément à son âge et à sa maturité, et suivant le principe selon lequel, dans toutes les situations impliquant des enfants, l’intérêt*

¹³⁰ Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l’état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *Bulletin officiel du ministère de la justice et des libertés* n° 2011-11 du 30 novembre 2011, NOR : JUSC1119808C, voir notamment : « *Lorsque le sexe d’un nouveau-né est incertain, il convient d’éviter de porter l’indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d’un traitement médical.* »

¹³¹ BENJAMIN MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *Socio*, 9/2017, p. 2 et MARIE-XAVIÈRE CATTO, « La mention du sexe à l’état civil », in *Loi et le genre : études critiques de droit français*, sous la dir. de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, MARC PICHARD, ET DIANE ROMAN, Paris, CNRS Editions, p. 35-39.

¹³² MARIE-XAVIÈRE CATTO, *op. cit.*, p. 13 ; et THIERRY BOSMAN, MARKUS BAUER et DANIELA TRUFFER, *Intersex Genital Mutilations. Human Rights Violations of Children With Variations of Sex Anatomy*, NGO Report (for PSWG) to the 5th and 6th Report of Belgium on the Convention on the Rights of the (Child CRC), StopIGM.org / Zwischengeschlecht.org, Mars 2018.

¹³³ FRA, *The fundamental rights situation of intersex people*, European Union Agency for fundamental rights, 04/2015, p. 4.

¹³⁴ Comité des droits de l’enfant, *Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques*, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 février 2019 disponible au lien suivant : <https://tbinternet.ohchr.org> ; THIERRY BOSMAN, MARKUS BAUER ET DANIELA TRUFFER, *op. cit.*

¹³⁵ 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 KARINE LALIEUX, *op.cit.*, p. 45.

*supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*¹³⁶ ». Malgré la clarté des principes, dans son rapport du 28 février 2019, le Comité des droits de l'enfant a été amené à constater que les enfants intersexes en Belgique sont soumis à des opérations chirurgicales sans intérêt médical¹³⁷.

Afin de les conformer aux l'injonctions de la binarité et de l'hétérosexualité, les personnes concernées sont soumises à des traitements ayant pour but qu'elles ressemblent autant que possible à l'une des catégories de sexe juridiquement reconnues¹³⁸. Comme le souligne Danièle Lochak « *reléguer les personnes intersexuées au domaine médical est finalement un moyen commode de ne pas remettre en question la dichotomie des sexes*¹³⁹ ».

40. L'action du parlement en Belgique. Seulement quelques semaines avant la publication du rapport du Comité des droits de l'enfant¹⁴⁰, une proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes avait été déposée devant le Parlement fédéral¹⁴¹. Bien que cette résolution n'ait pas connu de suites, l'élaboration même d'un tel texte démontre le besoin de penser les variations sexuelles en termes de droit fondamentaux et de respect des personnes. En effet, l'intitulé même de la proposition de résolution, « *visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes* », constitue un aveu du législateur de la non-observation pratique des droits des mineurs intersexes. Depuis janvier 2019, deux nouvelles propositions de résolutions visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des personnes intersexes ont été déposées à la Chambre, respectivement le 9 juillet 2019¹⁴², et le 28 janvier 2020¹⁴³. Si la proposition du 9 juillet 2019 adressait la situation des mineurs, la plus récente a pour objet toutes les personnes, enfants et adultes.

¹³⁶ Principes de Jogjakarta plus 10, *op. cit.*, Principe n°18.b.

¹³⁷ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.* : <https://tbinternet.ohchr.org>

¹³⁸ DANIÈLE LOCHAK, *op. cit.*, p. 665.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 665.

¹⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, *op. cit.*

¹⁴¹ Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes déposée par Mme Fabienne Winckel et consorts, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, 24 janvier 2019, (2018 – 2019) Doc 54-3486/001.

¹⁴² Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, 9 juillet 2019, déposée par M. CHRISTOPHE LACROIX ET MME CAROLINE DÉSIR et consorts, 9 juillet 2019, Doc 55-0043/001.

¹⁴³ Proposition de résolution visant à établir un cadre juridique en vue de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes intersexes, déposée par Mmes SARAH SCHLITZ et JESSIKA SOORS et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, 28 janvier 2020, DOC 55-0974/001.

41. **Recommandations européennes.** Le 14 février 2019, le Parlement européen a adopté la résolution 2018/2878 sur les droits des personnes intersexuées qui condamne les procédures médicales de normalisation sexuelle et invite les Etats à mettre en place des procédures souples de déclaration à la naissance. La résolution salue également les lois adoptées dans certains États membres qui autorisent la reconnaissance juridique du genre sur la base de l'autodétermination¹⁴⁴.

Dans la même lignée, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la résolution 2191 qui vise à promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes¹⁴⁵. Touchant à la question des interventions médicales normalisatrices, le texte de la résolution invite les Etats à garantir que les lois et les pratiques relatives à l'enregistrement des naissances, et, en particulier, à l'enregistrement du sexe des nouveau-nés, respectent dûment le droit à la vie privée en laissant une latitude suffisante pour prendre en compte la situation des enfants intersexes sans contraindre les parents, ni les professionnels de santé à révéler inutilement le statut intersexe d'un enfant¹⁴⁶. Au sujet des classifications de genre, les Etats sont encouragés à veiller à ce qu'il existe à l'état civil un ensemble d'options s'adressant à tous, en ce compris les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme femme, ni comme homme¹⁴⁷. Enfin, en matière d'état civil, la résolution va jusqu'à encourager les Etats à envisager de rendre facultatif *pour tous* l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et les autres documents d'identité. Cette dernière solution a également été suggéré au législateur par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 99/2019 et sera abordée au Chapitre III de la Partie II. En revanche, le droit au respect de la vie privée, abordé ci-avant, fera l'objet du chapitre suivant. En effet, en raison de sa présence sur les documents d'identité, l'inscription du sexe à l'état civil s'accompagne d'une relative publicité et notoriété de la donnée pour l'entourage proche, les administrations, mais aussi l'école, l'employeur, etc.

Etat civil et documents d'identité

¹⁴⁴ Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, (2018/2878(RSP)), 14 février 2019 – Strasbourg, P8_TA(2019)0128.

¹⁴⁵ Résolution 2191 du Conseil de l'Europe, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 17 octobre 2017.

¹⁴⁶ Résolution du Conseil de l'Europe 2191, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, *op. cit.*, 7.3.1. et 7.3.3.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 7.3.4 et 5.

42. **La carte d'identité.** La carte d'identité est l'instrument au travers duquel le citoyen décline et prouve son identité dans ses rapports avec les agents de l'Etat, ainsi qu'avec les autres citoyens¹⁴⁸. Tout belge âgé de quinze ans ou plus doit être porteur d'une carte d'identité¹⁴⁹, le non-port de la carte étant sanctionné d'une amende allant de 26 à 500 euros¹⁵⁰. Les documents d'identités constituent un instrument de contrôle social permettant aux autorités de l'Etat d'identifier, gérer, et administrer les citoyens. Ils comportent différentes mentions lisibles à l'œil nu, telles les noms et prénoms, le sexe, et le numéro de registre national¹⁵¹.

43. **Législation européenne.** Le Considérant 24 du règlement européen 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 circulation¹⁵² annonce que les États membres sont libres de décider d'inclure ou non le genre d'une personne sur les cartes d'identité et les titres de séjour¹⁵³. Cette approche se confirme à l'article 3, §2 du Règlement qui dispose que la désignation du genre de la personne est facultative. La législation européenne ne requiert donc pas des Etats membres que le genre soit inscrit sur les documents d'identité qu'ils émettent¹⁵⁴. A noter, qu'à la différence de la loi belge, le règlement européen fait référence au genre plutôt qu'au sexe.

44. **Mention du sexe et numéro national.** Malgré l'absence d'obligations européennes, sur les cartes d'identité belges, la mention de l'assignation sexuelle est indiquée, de manière

¹⁴⁸ BENJAMIN MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité: par-delà une binarité obligatoire », *Journée d'étude Dimension sexuée de la vie sociale : Etat civil, genre et identité*, Juin 2016, Marseille, France, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403/document>.

¹⁴⁹ Arrêté royal du 25 mars 2003 relatif aux cartes d'identité, *M.B.*, 28 mars 2003, p. 15929, art. 1.

¹⁵⁰ 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, art. 7.

¹⁵¹ Loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, *op. cit.*, art. 6, §2.

¹⁵² Règlement du parlement européen et du conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, 12 juillet 2019, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 188/67, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-70-2019-REV-1/fr/pdf>

¹⁵³ Nous relevons à ce propos que les documents d'identité n'ont pas toujours indiqué le sexe de leur titulaire. A ce sujet : PHILIPPE GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe à l'état civil ? », *La revue des droits de l'homme*, 8/2015, p. 6.

¹⁵⁴ Règlement du parlement européen et du conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *op. cit.*, art. 3, §2, al. 2. Considérant 24 : « Toutefois, lorsqu'un État membre inclut le genre d'une personne dans un tel document, il convient qu'il utilise les spécifications du document 9303 de l'OACI « F », « M » ou « X », ou l'initiale unique correspondante utilisée dans la langue ou dans les langues de cet État membre, selon le cas ».

visible à l'œil nu, sur le recto du document¹⁵⁵. La donnée sera donc lisible chaque fois qu'il s'agira de décliner l'identité, (contrôle de police, voyage, douane, avion, recommandé à la poste, etc.) cela signifie que, non seulement nous sommes juridiquement assignés à un sexe à la naissance, mais encore, que nous ne pouvons, dans la vie de tous les jours, échapper à cette donnée.

En Belgique, les cartes d'identité comportent également un numéro d'identification au registre national. Ce numéro unique, qui permet d'identifier sans équivoque les individus, est composé d'un premier groupe de 6 chiffres représentant la date de naissance, ainsi que d'un « *deuxième groupe de 3 chiffres en vue de l'identification de personnes nées le même jour. Ce numéro, appelé numéro d'ordre, est pair pour une personne de sexe féminin et impair pour une personne de sexe masculin. Il est attribué dans l'ordre des inscriptions, à savoir de 001 à 997 pour un homme et de 002 à 998 pour une femme*¹⁵⁶ ». Les femmes sont donc bien, encore et toujours, le deuxième sexe¹⁵⁷.

45. Droit au respect de la vie privée. La Convention européenne des droits de l'Homme (sic !) protège le droit au respect de la vie privée, conformément auquel l'individu doit pouvoir conserver la mainmise et la maîtrise de son identité, et dès lors de son identité sexuelle¹⁵⁸. Toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit être légale, poursuivre un but légitime et être proportionnelle à l'objectif recherché. Ainsi, le droit au respect de la vie privée devrait pouvoir protéger les individus de révélations intempestives d'éléments de la vie privée¹⁵⁹. En ce sens, les principes de Jogjakarta demandent aux Etats de garantir le droit à tous de pouvoir choisir quand, à qui, et comment divulguer des informations ayant trait à leur identité de genre, et de les protéger tous les individus contre une divulgation arbitraire ou non souhaitée, ou contre la menace de divulgation de telles informations¹⁶⁰. Or, la présence de la mention du sexe

¹⁵⁵ Loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, *op. cit.*, art. 6.

¹⁵⁶ Banque carrefour des entreprises, *Description des données du Registre National et du Registre BCSS*, https://www.ksz-bcss.fgov.be/sites/default/files/assets/services_et_support/cbss_manual_fr.pdf ; https://www.ibz.rrn.fgov.be/fileadmin/user_upload/fr/rn/instructions/liste-TI/TI000_Numerodidentification.pdf Document technique, Version 15 mai 2016.

¹⁵⁷ SIMONE DE BEAUVOIR, *op. cit.*

¹⁵⁸ Convention européenne des droits de l'homme, art. 8, §1.

¹⁵⁹ Convention européenne des droits de l'homme, art. 8, §2.

¹⁶⁰ Principes de Jogjakarta plus 10, *op. cit.*, Principe n°6.f.

sur les documents d'identité s'accommode mal avec une protection contre la révélation de l'identité de genre ou du sexe¹⁶¹. En effet, « *le fait d'obliger un individu à révéler son identité sexuée en l'inscrivant sur des titres d'identité qui seront ensuite portés à la connaissance de tiers est susceptible de constituer une atteinte à sa vie privée. En effet, cette inscription vient faciliter l'accès des tiers à une information que le titulaire du titre pourrait préférer conserver*¹⁶² ».

Interrogée en 2010 quant à l'opportunité d'effacer la mention du sexe de la carte d'identité papier tout en laissant la donnée accessible au moyen de la puce électronique, la Ministre Annemie Turtelboom a soutenu, entre autres, que cette solution n'était pas praticable car le sexe est une donnée d'identité nécessaire à l'identification d'une personne¹⁶³.

46. **Dispositif du genre.** Non seulement l'individu est assigné à un genre dès le jour de sa naissance, mais, encore, la force de l'assignation sexuelle est telle que celle-ci se trouve inscrite sur les documents d'identité de l'individu. La mention du sexe ne pourra donc pas être rendue inopérante. En effet, il devient impossible d'échapper à l'assignation sexuelle lorsque le document d'identité faisant mention du sexe est nécessaire pour l'inscription en crèche, à l'école, etc. La construction identitaire en dehors du sexe assigné résulte, dans la pratique, impossible¹⁶⁴.

47. **La mention du sexe rendue inopérante.** En vertu de la loi du 25 novembre 2018 portant des dispositions diverses concernant le Registre national et les registres de la population¹⁶⁵, les empreintes digitales des administrés devront dorénavant être collectées et leur image numérisée apparaîtra sur la carte d'identité¹⁶⁶. Au regard de la précision et de l'exactitude de ce dispositif d'identification des personnes, la mention

¹⁶¹ Benjamin Moron-Puech, « La mention du sexe sur les documents d'identité: par-delà une binarité obligatoire », *op. cit.* ; BENJAMIN MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *op. cit.*.

¹⁶² BENJAMIN MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité: par-delà une binarité obligatoire », *op. cit.*

¹⁶³ Question de Mme ZOÉ GENOT à la ministre de l'Intérieur sur "la mention du sexe sur les documents d'identité", Question parlementaire n° 20124, Chambre, 2009 – 2010, Compte rendu analytique, Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, Réunion du 17 mars 2010, CRABV 52 COM 836, p. 32.

¹⁶⁴ BENJAMIN MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁵ Loi du 25 novembre 2018 portant des dispositions diverses concernant le Registre national et les registres de population, *M.B.*, 13 décembre 2018, p. 98465, art. 27.

¹⁶⁶ Loi du 25 novembre 2018 portant des dispositions diverses concernant le Registre national et les registres de population, *op. cit.*, art. 27.

du sexe, si elle a pu être un moyen d'identifier et distinguer les individus, perd son intérêt. Si je ne peux être favorable à la mouvance vers une société sécuritaire qui organise la collecte des données biométriques et des empreintes digitales des citoyens, il n'en demeure pas moins que l'utilisation de ces nouvelles données rend la mention du sexe caduque et suggère, une fois de plus, qu'il s'agirait davantage d'un dispositif voué à la perpétuation du genre.

L'étude de l'état de la législation belge en matière d'assignation sexuelle a permis de remarquer à quel point cette dernière occupe une place incontournable dans la reconnaissance d'un statut juridique au nouveau-né. Il est impossible d'échapper à cette assignation, mais également impossible de s'en affranchir en occultant son contenu, celle-ci étant accessible via les documents d'identité et donc susceptible d'être révélé à tout moment. Dans le chapitre suivant, j'étudierai la cohérence juridique du régime d'assignation du sexe à la naissance et de la modification de l'enregistrement du sexe, dans une perspective de genre.

Chapitre II - Critique juridique de l'assignation sexuelle obligatoire

48. Le problème que pose le sexe comme catégorie juridique. Sur base de l'étude et de la réflexion menée au chapitre précédent, il apparaît que la catégorie de sexe inscrite à l'état civil soit à la fois une manifestation et un instrument permettant le maintien et la création de la binarité et de l'hétéronormativité¹⁶⁷. L'indication du sexe sur les documents d'identité participe en effet à l'illusion selon laquelle les catégories sexuelles seraient binaires et immuables. Il semble en effet que « *le problème que pose le sexe comme catégorie juridique [soit] [...] celui de l'essentialisation de types biologiques pour une classification cherchant à légitimer son agencement ou sa hiérarchie en s'appuyant sur des distinctions inscrites dans la nature des choses et de êtres [...] En tant que catégorie explicite, le sexe comme élément identificatoire des personnes entretient l'illusion de la naturalité de la différence entre les hommes et les femmes, et surtout de sa nécessaire complémentarité. L'histoire naturelle des sexes n'est autre chose que la justification de l'hétérosexualité*¹⁶⁸. » Par ailleurs, quand bien même nous devons reconnaître que « *les hommes et les femmes existent comme catégories*

¹⁶⁷ MONIQUE WITTIG, *op. cit.*, p. 49-50.

¹⁶⁸ DANIEL BORILLO, *Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre*, *op. cit.*, p. 22.

biologiques, sociale et anthropologique cela ne signifie pas qu'ils doivent nécessairement exister comme catégories juridiques. ¹⁶⁹»

49. **Développements.** Au cours de ce chapitre, je commencerai par une analyse de l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle portant sur la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe du 25 juin 2017. Il apparaît en effet que, par cette décision, la Cour ait commencé à éroder le système de la binarité juridique, ainsi qu'à questionner la pertinence des catégories femme/homme à l'état civil, ce qui est dans la lignée des recommandations européennes illustrées ci-avant. La seconde partie de la réflexion portera sur la cohérence d'un système juridique qui inscrit les plus jeunes dans une binarité absolue tout en permettant aux adultes d'en sortir. En effet, il me semble que la définition juridique du sexe évolue en fonction de l'âge des personnes concernées. J'arriverai alors au dernier chapitre de ce mémoire : l'étude des possibles envisageables pour sortir de l'impasse de la binarité des genres et de la discrimination qui s'y attache.

L'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle

50. **Introduction.** Le 9 janvier 2018, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation partielle des articles 3 et 11 de la loi du 25 juin 2017 sur la modification de l'enregistrement du sexe. Cette affaire fût portée devant la Cour par trois organisations de défense des droits des personnes trans* qui attaquaient principalement l'irréversibilité de la modification de l'enregistrement du sexe, ainsi que le caractère unique du changement de prénom. En raison de l'irréversibilité de la modification du sexe et du changement de prénom, la loi ne tenait pas compte, selon les requérants, des nécessités des personnes non binaires - dont l'identité de genre ne correspond pas aux catégories binaires « homme » ou « femme » - et de genre fluide – dont l'identité de genre évolue dans le temps¹⁷⁰. Les parties requérantes soulignaient également la binarité selon laquelle est organisée la loi, qui continue d'imposer la dualité femme/homme à des personnes dont le ressenti et la conviction profonde est celle d'être non binaire. Comme exprimé dans l'arrêt, « *si le législateur opte pour un système d'enregistrement de l'identité de genre, ce système doit également donner aux personnes dont l'identité*

¹⁶⁹ DANIÈLE LOCHAK, *op. cit.*, pp. 659 – 689.

¹⁷⁰ C. const., arrêt n°99/2019, *op. cit.*, p. 20.

de genre est non binaire la possibilité de s'enregistrer d'une manière qui corresponde à leur identité de genre ¹⁷¹ ». C'est sur base de ces requêtes que la Cour s'est prononcée le 19 juin 2019.

51. La binarité n'est pas un principe de base de l'ordre constitutionnel belge.

Contrairement à la Cour de cassation française, selon laquelle, la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est « *nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur.* ¹⁷² », la Cour constitutionnelle belge a dit pour droit, dans son arrêt du 19 juin 2019¹⁷³, que la dualité femme/homme ne peut être considérée comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge¹⁷⁴.

52. Discrimination envers les identités de genre non binaires et fluides.

A la lumière des mémoires introduits par le Conseil des ministres, la Cour constate que ce dernier ne conteste pas qu'il existe, au sein du groupe de personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe enregistré dans l'acte de naissance, des personnes dont l'identité de genre évolue ou non dans le temps et des personnes dont l'identité de genre correspond ou non aux catégories binaires « homme » ou « femme ». La Cour reconnaît ainsi par son arrêt qu'il existe des personnes dont l'identité de genre est fluide et des personnes dont l'identité de genre est non binaire¹⁷⁵. Or, selon la Cour, il n'est pas raisonnablement justifié que, contrairement aux personnes dont l'identité de genre est binaire, les personnes dont l'identité de genre est non binaire ou fluide soient tenues d'accepter dans leur acte de naissance un enregistrement qui ne correspond pas à leur identité de genre. La juridiction constitutionnelle conclut, par conséquent, qu'en limitant à un choix binaire la modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance, la loi présente une lacune, laquelle viole le principe d'égalité, lu en combinaison avec le droit à l'autodétermination qui doit permettre à chacun d'exprimer l'identité de genre vécue intimement¹⁷⁶. La Cours précise encore que la binarité obligatoire est la source d'une différence de traitement disproportionnée entre les personnes binaires, et les

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷² Cass. Fr. Civ., 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16 – 17.189.

¹⁷³ C. const., arrêt n°99/2019, *op. cit.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 33.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 31 - 32.

personnes de genre non binaire ou fluide¹⁷⁷. Dès lors, les dispositions limitant, en principe, à une seule fois le changement de sexe enregistré à l'état civil, ainsi que la modification du prénom ont été annulées.

53. Comment remédier à l'inconstitutionnalité ? Dans la poursuite de son raisonnement, la Cour, si elle n'a pas été jusqu'à se substituer au législateur, lui a toutefois suggéré, afin de remédier à l'inconstitutionnalité, « *la création d'une ou plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également de la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne. C'est donc au législateur, et à lui seul, qu'il appartient d'adopter, dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution, une réglementation visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée* ¹⁷⁸ ». Cette conclusion semble rejoindre les positions adoptées par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe dans les règlements et recommandations étudiés ci-avant en matière d'état civil¹⁷⁹. La Cour a par ailleurs relevé que les travaux préparatoires de la loi attaquée indiquaient que la mention du sexe pourrait à terme totalement disparaître de la législation¹⁸⁰. A ce propos les travaux préparatoires ajoutaient, comme déjà mentionné, qu'« *il est important d'avancer graduellement. La sagesse a été de ne pas aller plus loin. [...] L'abrogation du genre dans la législation [...] arrivera sans doute un jour dans le futur. Le moment viendra pour franchir d'autres étapes* ¹⁸¹ ».

54. Conclusion. L'arrêt pose des bases intéressantes et prometteuses pour l'avenir de la législation belge. Je relève toutefois que le projet d'abolition de la binarité n'est pas le fruit des discriminations faites aux femmes, mais de celles que subissent les personnes trans*. Ce constat semble rappeler que lorsqu'il s'agissait de la cause des femmes et du sexisme vécu par elles, il n'avait pas été possible de remettre en question la dualité

¹⁷⁷ Les personnes non binaires sont celles dont l'identité de genre ne peut pas simplement être assimilée à l'identité de genre masculine ou féminine.

¹⁷⁸ C. const., arrêt n°99/2019, *op. cit.*, p. 35. Je souligne.

¹⁷⁹ Résolution 2018/2878 du parlement européen sur les droits des personnes intersexuées, *op. cit.* Résolution du Conseil de l'Europe 2191, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, *op. cit.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ 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 KARINE LALIEUX, *op.cit.*, p. 17.

femme/homme. Celle-ci n'a pu être remise en question que par la cause trans*. Si je ne suis pas en mesure de démontrer un lien de causalité en lien avec le sexisme, cette réalité paraît toutefois interpellante, la voix des femmes se retrouvant toujours la dernière, comme l'ont démontré les études Nicole-Claude Mathieu¹⁸². Pour terminer, il me semble que l'arrêt de la Cour mérite d'être mis en perspective avec le fonctionnement actuel de l'état civil, en ce qu'il remet en cause la pertinence et la cohérence de la mention du sexe. Cette question sera l'objet de la section suivante.

Cohérence du régime de l'état civil à la lumière de la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe

55. Introduction. L'arrêt commenté donne une nouvelle perspective au régime d'état civil et d'enregistrement du sexe décrit au Chapitre I de la Partie II. En effet, l'articulation entre le régime applicable aux actes de naissance et le régime mis en place par la loi sur la modification de l'enregistrement du sexe en 2017, tel que partiellement modifié par l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle, semble amplifier les failles et incongruïtés de la binarité obligatoire des actes de naissance. Il me semble, à la lecture de l'arrêt et des dispositions pertinentes du Code civil, que la mention du sexe à la naissance perde de son sens face au nouveau régime de changement de l'enregistrement du sexe basé sur l'autodétermination, et ce, particulièrement au regard de la définition du sexe qui semble évoluer avec l'âge. Cette réflexion sera l'objet de la présente section.

A noter également que le délai de réflexion de trois mois imposé dans le cadre du changement de l'enregistrement du sexe, ainsi que l'obligation d'information qui s'y attache, perdent de leur intérêt dans la mesure où les changements devraient devenir réversibles suite à l'arrêt de la Cour.

56. Une discrimination fondée sur l'âge ? Comme développé ci-avant, en vertu de la loi du 25 juin 2017 reformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes d'état civil et ses effets, et de l'arrêt 99/2019 de la Cour constitutionnelle, en ce qui concerne

¹⁸² NICOLE-CLAUDE MATHIEU, *L'anatomie politique*, Editions IXE, 2013, p. 245.

les personnes âgées de 16 ans ou plus, la donnée sexuelle inscrite à l'état civil ne renvoie pas à une donnée anatomique matérielle. En effet, la donnée peut être modifiée sans qu'il soit nécessaire de subir des transformations physiques et, en suivant l'arrêt de la Cour, il sera possible de la modifier à plusieurs reprises. En d'autres termes, la donnée sexuelle sur les documents de l'état civil ne renvoie plus, à partir de 16 ans, à l'anatomie constatée à la naissance des individus, mais à la conviction ou au ressenti intime de chacun. L'enregistrement du sexe à l'état civil n'a donc plus pour fonction de permettre l'identification des personnes. Si je peux me réjouir de cette avancée, la loi en vigueur continue de comporter quelques lacunes, et ce, particulièrement concernant les plus jeunes.

Concrètement, les dispositions concernées aboutissent à une différence de traitement considérable entre les enfants et les adultes en ce sens que l'enregistrement du sexe chez l'adulte renvoie à son identité de genre, alors qu'il est déterminé chez le nouveau-né sur base de caractéristiques biologiques, chromosomiques et physiques¹⁸³. Il semblerait donc que lorsque la loi fait référence à l'enregistrement du sexe à la naissance, elle entende le sexe anatomique, alors que la notion de sexe reverrait à l'identité de genre, ou au ressenti intime, chez les adultes. La définition juridique du mot sexe semble donc évoluer avec l'âge de l'individu concerné. Or, au même titre que la discrimination fondée sur le sexe, les discriminations fondées sur l'âge sont interdites. Particulièrement concernant les enfants, la Cour strasbourgeoise considère que l'âge fait partie des caractéristiques protégées par l'article 14 de la Convention¹⁸⁴. Si la question n'a pas été posée à la juridiction strasbourgeoise, la différence de traitement entre les adultes et les enfants est à tout le moins interpellante et laisse penser que l'enregistrement du sexe à la naissance serait une technologie de genre, plutôt qu'une mesure de protection et d'identification des citoyens.

57. Les effets de ce régime sur l'état civil. Si la donnée sexuelle enregistrée à l'état civil ne renvoie, en ce qui concerne les adultes, plus à une réalité physique, mais plutôt à l'identité de genre et à l'autodétermination, quel sens revêt alors son inscription ? En d'autres termes, si pour les adultes, moyennant un délai d'attente de trois mois, il est possible de modifier la donnée enregistrée, quel est le sens même de la collecte de cette

¹⁸³ C. const., arrêt n°99/2019, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁴ CEDH, Schwizgebel c. Suisse, n° 25762/07, 10 juin 2010.

donnée chez les nouveau-nés ? Pourquoi doit-on inscrire le sexe dans lequel les enfants se sont présentés au monde, si par la suite cette donnée ne renverra plus à ce sexe anatomique, mais à leur choix et autodétermination ?

Si l'on pourrait soutenir que l'état civil revêt également une fonction d'affirmation identitaire de l'individu, il reste que cette identité ne doit être affirmée que par ce qu'elle a été auparavant contrainte et bafouée dans une binarité qui ne lui correspondait pas, ou par un sexe ou un genre, qui ne lui correspondent pas. C'est donc la contrainte d'un régime binaire à la naissance construit la nécessité même de devoir en sortir.

Le régime juridique impose aux enfants de naître comme des citoyens sexués, dans une binarité stricte, tout en permettant aux adultes d'échapper et sortir de cette prescription. Quel est le sens d'une législation qui oblige la binarité des enfants, mais reconnaît un régime distinct pour les adultes ? Cherche-t-elle à imposer l'apprentissage du genre chez les enfants.

58. **Conclusion.** Le sexe renvoie chez l'enfant à une notion anatomique, alors qu'il s'agit, chez l'adulte, de l'expression de l'identité de genre, un sentiment intime et personnel. Cette réalité, pose question du point de vue de la discrimination sur base de l'âge, et démontre, une nouvelle fois, que l'enregistrement du sexe procède davantage de la construction de la binarité hétéronormée que des fonctions identificatoires de l'état civil. Suite à ce constat, le chapitre suivant s'attachera à étudier les alternatives de régime possibles et spécifiquement d'ouvrir une option « neutre », ou de supprimer l'enregistrement du sexe.

Chapitre III – Solutions envisagées

59. **Introduction.** Les obstacles à l'élimination de la mention du sexe à l'état civil ne sont pas d'ordre juridique mais politique. En effet, les travaux parlementaires déclarent que si le sexe est amené à disparaître, cela doit se produire graduellement et au juste moment pour franchir progressivement les étapes nécessaires¹⁸⁵. Dans l'espoir d'une future

¹⁸⁵ 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 KARINE LALIEUX, *op.cit*, p. 17.

modification du régime juridique de l'enregistrement du sexe, il me semble nécessaire d'envisager les solutions qui pourraient permettre à la Belgique de sortir de la dichotomie féminin-masculin, qui, pour rappel, pèse sur les individus jusqu'à induire la réalisation d'interventions chirurgicales sur des enfants sains, mais non conformes au standard binaire.

Plusieurs solutions peuvent être envisagées. Je retiendrai ici, premièrement, la possibilité de déclarer à l'état civil un sexe neutre, qui ne serait ni masculin, ni féminin. A ce propos, je décrirai les prises de positions adoptées en Inde et en France. Secondement, je m'attacherai à réfléchir à la suppression de la mention du sexe à l'état civil. Si cette solution semble intéressante, les critiques qui lui sont le plus souvent adressées tiennent, d'une part, à l'invisibilisation des femmes et, d'autre part, à la possibilité de mener des politiques de discrimination positive.

Dans une première section, j'étudierai donc la possibilité d'ajouter une troisième mention à l'état civil, celle du sexe « neutre », ou « X ». Cette première option ayant été mise en œuvre en Inde et aux Pays-Bas, c'est à partir de l'expérience de ces Etats que la question sera évoquée. Une seconde section s'attachera en revanche à l'étude de l'absence de déclaration du sexe et aux difficultés supplémentaires que cette solution pourrait apporter dans la lutte pour l'égalité des femmes et des hommes.

Le sexe neutre

Un troisième sexe. Comme exposé au Chapitre I de la Partie II de ce mémoire, la résolution 2191 du Conseil de l'Europe qui vise à promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes invite les Etats 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 femme, ni comme homme¹⁸⁶. Il pourrait donc s'agir, à titre exemplatif, de mentions telles que « X », « neutre », « non identifié », « autre », etc. Sur cette question, et en matière de cartes d'identité, le règlement du parlement européen, qui permet aux Etats d'inclure ou non la mention du genre, stipule

¹⁸⁶ Résolution du Conseil de l'Europe 2191, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, *op. cit.*, 7.3.3.

que, lorsqu'un Etat membre inclut le genre d'une personne dans un document d'identité, il convient d'utiliser les spécifications du document 9303 de l'OACI «F», «M» ou «X»¹⁸⁷. A noter qu'aux Pays-Bas l'enregistrement du sexe « neutre » à l'état civil est réservée aux personnes intersexes. Cette option doit être enregistrée dès le moment de la déclaration de naissance¹⁸⁸. Il s'agit donc d'une catégorie imposée renvoyant à l'absence de sexe identifiable, sans toutefois s'inscrire dans un processus d'autodétermination. Dans la même lignée que la résolution 2191 du Conseil de l'Europe citée ci-avant, la résolution 2048 (2015) du Conseil de l'Europe du 22 avril 2015 concernant la discrimination à l'encontre des personnes transgenres appelle les Etats à envisager de faire figurer une troisième option de genre sur les papiers d'identité des personnes qui le souhaitent¹⁸⁹. Il s'agirait donc d'une démarche tendant à promouvoir le droit à l'autodétermination des individus, une option ouverte aux personnes trans*, ainsi qu'à tous les individus ne souhaitant pas être catalogués comme appartenant à l'un ou à l'autre sexe.

Tout en permettant la mise en œuvre du droit à l'autodétermination, la mention « X » constituerait une catégorie résiduaire¹⁹⁰. Ce type de catégorisation comporte l'inconvénient de faire abstraction de la grande diversité des personnes souhaitant échapper à la catégorisation binaire. Au surplus, elle laisse paraître que la norme reste le féminin ou le masculin, alors que la mention neutre est l'exception, ce qui diffère de la norme. En ce sens, et malgré l'avancée que peut représenter la mention « neutre » en termes de droit à l'autodétermination, la présence d'une troisième option réservée, en principe, aux personnes trans, queers, non binaires ou de genre fluide, pourrait avoir un effet stigmatisant, rendant les personnes concernées facilement identifiables et les

¹⁸⁷ Règlement du parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *op. cit.*, Considérant 24.

¹⁸⁸ LAURENCE HÉRAULT, JÉRÔME COURDURIÈS, CHRISTINE DOURLÈNS, NICOLE GALLUS, MICHELLE GIROUX, MARIE ANNIK GRÉGOIRE, BENJAMIN MORON-PUECH, PHILIPPE REIGNÉ, MYLÈNE HERNANDEZ, CHLOÉ VALLÉE, *Etat civil de demain et transidentité*, Rapport final, sous la dir. de L. Héault, Droit et justice, Mai 2018, p. 48.

¹⁸⁹ Résolution 2048 (2015) du Conseil de l'Europe du 22 avril 2015 concernant la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, art. 6.2.4.

¹⁹⁰ GenresPluriels asbl, Proposition de loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels, p. 20. Disponible sur : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/loi_relative_a__l_identite__de_genre.pdf

insérant dans une catégorie résiduaire potentiellement discriminatoire¹⁹¹. C'est ce qui semble s'être produit en Inde suite à l'arrêt Nalsa¹⁹².

60. L'exemple de l'Inde. En Inde, l'arrêt Nalsa¹⁹³ a reconnu « *le droit des personnes transgenres à l'autodétermination de leur genre (self-identified gender) et exigé du Centre et des États qu'ils accordent la reconnaissance légale d'identité de genre telles que le masculin, le féminin ou un troisième genre* ¹⁹⁴ ». Toutefois, à ce jour, « *le gouvernement central tarde à faire adopter une loi permettant de protéger les personnes transgenres (lato sensu), tout comme les différentes administrations en charge de la délivrance des différents titres d'identité ayant cours, tardent à adopter des règles claires – dont pourrait se prévaloir les personnes trans' – quant aux mentions disponibles et aux conditions exigées pour en bénéficier. À cela s'ajoute que la situation quotidienne des personnes transgenres (lato sensu) reste particulièrement difficile en Inde, malgré des avancées ponctuelles régulières* ¹⁹⁵ ». Dès lors, la mise en œuvre pratique des principes retenus par la Cour n'a pas eu comme conséquence une meilleure prise en charge de la protection des droits des personnes concernées, ni un effet émancipatoire comme cela était espéré¹⁹⁶.

61. Le refus de cette solution par la France. En France, la question du sexe neutre a été formulée devant les cours et tribunaux et, en ce compris, devant la Cour de cassation qui a jugé que la binarité des sexes est un élément fondateur de la société française¹⁹⁷. Le·a requérant·e, né·e sans appareil génital, avait été inscrit·e à l'état civil comme étant de sexe masculin. C'est pour cette raison qu'il a saisi le Tribunal de Grande Instance de Tours d'une demande en rectification de son acte de naissance, afin que remplacer la mention « sexe masculin », par celle de sexe « sexe neutre » ou, à défaut, « intersexe ». Le Tribunal a tranché en faveur du·de la réquantant·e et, par le jugement du 20 août 2015, le Président du Tribunal ordonnait la modification de l'enregistrement du sexe.

¹⁹¹ GenresPluriels asbl, Proposition de loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels, *op. cit.* p. 20.

¹⁹² Cour Suprême Indienne, *National Legal Services authority v. Union of India*, 15 avril 2014. Disponible sur : <https://web.archive.org/web/20140527105348/http://supremecourtindia.nic.in/outtoday/wc40012.pdf>

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 129 ; *Etat civil de demain et transidentité*, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹⁵ *Etat civil de demain et transidentité*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 117-118.

¹⁹⁷ Pour un commentaire de l'arrêt voir : BENJAMIN MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une mutilation juridique ? », *Recueil Dalloz*, 6 juillet 2017, p. 1404 et s.

Toutefois, sur appel du Procureur de la République, la Cour d'appel d'Orléans a infirmé le jugement et rejeté les demandes du·de la requérant·e. L'affaire a été portée en Cassation où, la Cour, en rejetant le pourvoi, a invoqué, entre autres, les multiples répercussions sur le droit français. L'affaire est aujourd'hui pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁹⁸.

62. **Conclusion.** L'emploi de la mention « neutre » requiert d'abord d'aborder la question de savoir à qui pourrait bénéficier une telle option. Pour rappel, aux Pays-Bas, cette alternative est ouverte uniquement au moment de la naissance aux enfants intersexes. Elle ne permet donc pas de penser les individus en dehors de catégories de genre, mais uniquement sortir certaines anatomies des catégories féminin-masculin. D'autre part, et, comme détaillé ci-avant, la catégorie « neutre » pourrait aboutir à la création d'une catégorie résiduaire potentiellement discriminatoire¹⁹⁹.

Au surplus, selon moi, cette alternative ne permettrait que partiellement l'expression du droit à l'autodétermination puisqu'elle ne serait pas à même de laisser chacun exprimer son identité, mais seulement de se déclarer neutre, à savoir ni femme, ni homme, sans plus de précisions. Le but recherché, à savoir le respect de la vie privée et de l'identité de genre de chacun, ne serait donc rencontré que lorsqu'il ne serait plus requis d'être femme ou homme, la mention « neutre » ne permettrait pas d'exprimer un ressenti ou une identité profonde, mais seulement de se soustraire à la binarité, avec un risque de stigmatisation.

Face aux multiples difficultés posées par le sexe « neutre », une autre option se dégage, celle de l'absence, totale ou partielle, de la mention du sexe des documents officiels.

L'absence de déclaration

63. **Introduction : le risque d'invisibilisation des femmes.** Les obstacles posés par la mention « neutre », invitent à réfléchir à l'opportunité d'opter pour l'absence de l'enregistrement du sexe. Toutefois, une disparition absolue de la mention du sexe risquerait d'avoir pour effet d'invisibiliser les femmes et rendre inopérante toute

¹⁹⁸ BENJAMIN PITCHO, *op. cit.*

¹⁹⁹ GenresPluriels, *op. cit.*, p. 20.

politique de discrimination positive. En effet, les inégalités entre les femmes et les hommes pourraient perdurer au-delà de la suppression de l'enregistrement du sexe à l'état civil, alors que les instruments voués à les combattre seraient rendus inopérant par l'invisibilisation du critère discriminatoire, à savoir le sexe. Il semble dès lors que le sexe devrait être anéanti comme catégorie identificatoire, sans pour autant abandonner les régimes de discrimination positive²⁰⁰.

64. Refuser le sexe comme catégorie identificatoire²⁰¹. Selon D. Borillo, « *il faudrait [donc] conformément à la tradition républicaine française, bannir le « sexe » [comme catégorie d'identification] de tous les documents d'identité, à commencer par l'acte de naissance et le numéro de sécurité sociale. En revanche, le sexisme et l'hétérosexisme doivent continuer à être combattus par la loi. Autrement dit, les catégories de sexe et identité sexuelle se trouvent justifiées, et tant que mesures provisoires, lorsqu'elles ont comme finalité non pas d'enfermer les individus dans des catégories identitaires, mais de leur permettre justement de s'en émanciper.*²⁰² » Il s'agirait en d'autres termes de refuser le sexe comme catégorie identificatoire, pour mieux le revendiquer sur le plan antidiscriminatoire²⁰³. Dans ce type de configuration, le sexe ne serait plus une donnée d'ordre public, mais un élément de la vie privée des individus qui pourrait être conservé dans un acte spécifique à l'état civil ou dans un dossier médical, sans pour autant être inscrit dans le numéro national ou sur les documents d'identité²⁰⁴, et ce, sans préjudice de modalités permettant le changement de l'enregistrement du sexe. Le sexe deviendrait alors réellement un élément de la vie privée inaccessible au public. L'absence de publicité permettrait aux individus de s'affranchir du genre imposé, de l'imposition de la binarité et des catégories genrées.

65. La nécessité actuelle d'un critère de différenciation. Les normes juridiques belges proclament l'égalité entre les femmes et les hommes et n'organisent plus ouvertement

²⁰⁰ DANIEL BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », *op. cit.*, p. 23.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 23.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.* A ce propos, la proposition de loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels élaborée par l'association GenresPluriels suggère que les actes de naissance ne devraient plus énoncer le genre des individus : GenresPluriels, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁴ DANIEL BORILLO, « Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *op. cit.*, p. 8.

l'infériorisation des femmes²⁰⁵. Toutefois, dans les circonstances de binarité obligatoire actuelle, une législation aveugle au genre et aux inégalités qui s'y attachent, est inapte à intervenir efficacement sur une réalité discriminatoire²⁰⁶. Comme exposé dans la première Partie de ce mémoire, nous vivons dans le mythe de l'individu abstrait et désincarné, la démocratie garantissant, *a priori*, une parfaite égalité devant la loi. Seulement, d'une part, et comme démontré *supra*, la loi n'est pas neutre, et, d'autre part, les individus ne sont pas égaux. La notion de choix et les prétendues options ouvertes sont loin de se présenter à chacun de manière égale²⁰⁷. Dans ce contexte, une loi *prima facie* égalitaire peut avoir un impact très différent sur les personnes en fonction de leur genre. Afin de combattre les inégalités, la solution qui se profile aujourd'hui consiste en la mise en place de régimes de discrimination positive, offrant aux personnes discriminées l'accès à des structures qui leur seraient, autrement, inaccessibles. Seulement, les techniques de discrimination positive ne peuvent être mises en œuvre que via l'utilisation du critère de différenciation binaire permettant de distinguer les femmes des hommes, à savoir le sexe. En effet, comment vérifier que le Conseil des ministres est composé de personnes appartenant à des sexe différents, s'il est devenu impossible de connaître le sexe²⁰⁸ ? La prise en compte du facteur initiateur de la discrimination est nécessaire à combattre la discrimination²⁰⁹.

Lors de la mise en œuvre de politiques de discrimination positive, l'action positive s'appuie directement sur le facteur discriminatoire, en le rendant *de facto* visible, afin de pouvoir en inverser la tendance. Cette manière de procéder nécessite d'appréhender la discrimination comme une question structurelle²¹⁰, un effet inconscient causé par les structures sociales, plutôt que par la décision individuelle de discriminer²¹¹. L'instrument principal des politiques de discrimination positive réside dans le facteur de discrimination qu'elles cherchent à détruire²¹².

²⁰⁵ A noter toutefois que la dernière loi ouvertement discriminatoire en Belgique date de 2014. Il s'agissait de la loi modifiant l'attribution du nom de famille de l'enfant. Loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 30 mai 2014, p. 41053.

²⁰⁶ JOAN W. SCOTT, *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 33.

²⁰⁸ Constitution, art. 11, *al.* 3.

²⁰⁹ JOAN W. SCOTT, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, p. 33- 35.

66. Une apparente contradiction. Si l'une des finalités du féminisme est celle de sortir des catégories féminin-masculin et de la binarité de genre, permettre d'organiser un processus de sélection basé sur le sexe va *prima facie* à l'encontre de la revendication principale, à savoir la destruction de ces catégories²¹³. Toutefois, pour mettre un terme aux discriminations basées sur le sexe, il est nécessaire de prendre en considération le sexe. Ainsi, pour que le sexe ne soit plus un problème, il faut désigner le sexe comme étant le problème²¹⁴ et donc abolir totalement l'enregistrement du sexe semble contreproductif en matière de lutte contre les discriminations et d'égalité entre les femmes et les hommes.

La discrimination positive

67. Législation internationale et européenne. A la lumière de la nécessaire prise en compte et visibilisation du sexe, afin de construire une société plus égalitaire, la présente section s'attardera sur la discrimination positive et sur la conciliation entre cette solution et la suppression des catégories femme/homme.

Les considérations touchant à la nécessité de stratégies de discrimination positive, résumées ci-avant, semblent avoir été entendues tant par le droit international, qui, dans nombre d'instruments, reconnaît les politiques de discrimination positive comme des ressources légitimes, que par le droit européen, qui a, dès son avènement, œuvré en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes. La Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes stipule : « *l'adoption par les états parties de mesures 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* »²¹⁵. De même, la Convention d'Istanbul du 11 mai 2012, dispose, en son article 4, paragraphe 4, que les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour prévenir et protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre ne sont pas considérées comme discriminatoires. En d'autres termes, la Convention d'Istanbul

²¹³ MONIQUE WITTIG, *La pensée straight*, *op. cit.*, p. 50.

²¹⁴ JOAN W. SCOTT, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁵ Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée et ouverte à la signature, 18 décembre 1979, Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vig. le 3 septembre 1981.

considère les mesures de discrimination positive comme ne constituant pas des mesures discriminatoires²¹⁶. La Convention d'Istanbul a été signée par l'Union européenne le 13 juin 2017. Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, cette mesure n'est pas la seule à avoir été adoptée par l'Union européenne, qui depuis ses débuts, s'est montrée sensible aux politiques d'égalité entre les femmes et les hommes²¹⁷.

En effet, selon l'article 8 du TFUE, l'Union cherche par ses actions à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes. Au surplus, depuis le traité d'Amsterdam, le droit européen reconnaît et promeut la mise en place de mesures de discrimination positive dans le domaine de l'égalité des rémunérations entre travailleurs : « *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.*²¹⁸ »

68. Législation belge. Malgré les avancées européennes et internationales, les États restent timides lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre ce type de mesures. En Belgique, selon l'article 11 alinéa 3 de la Constitution « *Le Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent.* » En termes pragmatiques, les gouvernements doivent compter parmi les leurs au moins une femme, alors que celles-ci constituent la moitié de la population. Encore, selon l'alinéa 4 de la même disposition, la législation doit organiser « *la présence de personnes de sexe différent au sein des députations permanentes des conseils provinciaux, des collèges des bourgmestre et échevins, des conseils de l'aide sociale, des bureaux permanents des centres publics d'aide sociale et dans les exécutifs de tout autre organe territorial interprovincial, supracommunal, intercommunal ou intracommunal, à l'exception de l'élection directe des députés permanents des conseils provinciaux, des échevins, des membres du conseil de l'aide sociale, des membres du bureau permanent des centres publics d'aide sociale ou des membres des exécutifs de tout autre organe territorial* »

²¹⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, aussi connue sous le nom de Convention d'Istanbul, 11 mai 2011, entrée en vigueur le 1 août 2014, Article 4, §4. Disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>

²¹⁷ ALAIN GROSJEAN, « Le statut des femmes comme un pilier indispensable de l'état de droit », in *Le statut des femmes et l'état de droit*, sous la dir. de Alain Grosjean, 2018, Bruylant, p. 46 et 48.

²¹⁸ TFUE, art 157, 4.

interprovincial »²¹⁹. Mais comment rendre ses mesures effectives dans le cadre de l'abolition de la mention du sexe à l'état civil ?

69. Conclusion - Concilier discrimination positive et absence de sexe. Comme développé à la Partie I de ce mémoire, les catégories femme/homme ne constituent pas des catégories immuables et naturelles. Toutefois, il est clair que la dichotomie femme/homme ne disparaîtra pas de la culture patriarcale qui est la nôtre avec l'abrogation de l'enregistrement du sexe à l'état civil. Comment concilier alors la nécessité d'un monde plus égalitaire avec la disparition du critère à la source de l'inégalité ? La solution qui semble la plus équilibrée et praticable serait, selon moi, celle de rendre, dans un premier temps, la donnée totalement privée et inaccessible au public. L'enregistrement du sexe pourrait être éventuellement conservé à l'état civil ou dans un dossier médical sans nécessiter d'inscription sur les documents d'identité, et ce, sans préjudice d'un régime de changement de sexe. Au surplus, il serait nécessaire de restreindre la collecte de la donnée sexuelle par les organismes publics ou privés. La privatisation de la donnée rendrait plus flexible et moins stricte l'appartenance à l'une des catégories femme/homme et permettrait une plus grande latitude des individus dans le choix de leur genre. Ainsi, ce type de régime favoriserait la mise en œuvre du droit à l'autodétermination.

En d'autres termes, en vue de parvenir à une situation plus égalitaire, il pourrait être nécessaire, au cours d'une période transitoire, de conserver une trace du sexe dans un document ou un fichier spécialement prévu à cet effet, qui garantirait la récolte de données statistiques, ainsi que la mise en œuvre de politiques de discrimination positives.

²¹⁹ A ce sujet : MARIA HELENA SANTOS, PATRÍCIA ROUX ET LÍGIA AMÂNCIO, « Expériences et stratégies de femmes investies dans un "monde d'hommes": le cas de la politique locale portugaise », *Sociologia, Problemas e Práticas* 82 | 2016. URL : <http://spp.revues.org/2491>

Conclusion

70. Retour sur les premiers développements : la construction sociale et juridique de la dualité des sexes. Comme développé dans la première partie de ce mémoire, nous vivons dans une société patriarcale au sein de laquelle les femmes occupent une position subalterne au profit de la classe sociale des hommes²²⁰. C'est en partant de cette idée que j'ai choisi, dans le cadre de ce mémoire, de m'intéresser à qui sont, juridiquement, les femmes et les hommes. J'ai donc interrogé la naturalité et l'évidence des catégories de sexe présentes dans la culture et dans le droit. (Partie I, Chapitre III)

La première partie de l'étude s'est attachée à examiner la mesure dans laquelle le discours juridique crée lui-même les catégories qu'il prétend régir, et, particulièrement, les catégories femme/homme²²¹. J'ai observé comment l'architecture juridique construit un ordre symbolique nécessaire à la cohésion de la société et, en l'espèce, participe à la construction de catégories d'individus, dont celles des hommes et des femmes²²². Seulement, la structure des normes, et l'interprétation qui en est faite, ne forment pas seulement la dualité des genres, mais aussi une société hétéronormée au sein de laquelle les hommes ont un rôle dominant et où les femmes se soumettent aux hommes²²³. (Partie I, Chapitre III) Au niveau micro, la construction juridique des sexes commence avec l'existence même de l'individu, et plus spécifiquement avec la déclaration de sa naissance et l'enregistrement de son sexe. Cette procédure est prétendument justifiée par la nécessité d'individuer avec précision et certitude les administrés, ou, en d'autres termes, rapporter la preuve certaine de l'identité d'une personne²²⁴. Seulement, et comme développé à la Partie II, Chapitre I et II du mémoire, cette prétendue fonction de l'enregistrement du sexe est mise aujourd'hui à l'épreuve des modifications législatives en matière de changement de sexe, ainsi que des technologies biométriques. Notons également que, en ce qui concerne les enfants intersexes, l'obligation de déclarer un sexe, alors que précisément, ces individus échappent à la dualité femme/homme, est *a minima* interpellante. Ces éléments portent à penser que la déclaration du sexe serait

²²⁰ MANON GARCIA, *op. cit.*

²²¹ JUDITH BUTLER, *op. cit.*, p. 61 – 71 ; THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, *op. cit.* et VICTOIRE TUAILLON, *op. cit.*, p. 37 – 42.

²²² DANIELE LOCHAK, *op. cit.*, p. 676 ; voir également : IRÈNE THÉRY, *op. cit.*

²²³ MANON GARCIA, *op. cit.*

²²⁴ C. Civ., art. 6.

plus une technologie de l'apprentissage du genre, qu'un réel instrument d'identification. Par ailleurs, et, en ce sens, l'inscription du sexe sur les documents d'identité empêche à l'individu de rendre la mention inopérante puisqu'il y sera confronté lors de tout échangé impliquant de décliner son identité (voyage, avion, inscription à la salle de sport, etc.) Le régime de changement de l'enregistrement du sexe vient encore complexifier la définition juridique du sexe et la fonction du sexe dans la loi. (Partie II, Chapitre I)

71. La définition juridique du sexe. L'étude du régime de changement de sexe semble révéler que la définition juridique du sexe diffère aujourd'hui en fonction de l'âge de la personne concernée²²⁵. En effet, alors que le sexe anatomique apparent est retenu lors de la déclaration de naissance l'enfant, la notion de sexe chez l'adulte renvoie au ressenti intime de chaque individu, l'identité de genre. En effet, l'adulte peut changer le sexe enregistré en fonction de sa conviction intime, sans lien avec son anatomie. Si nous pouvons nous réjouir de ce régime, il en ressort que la donnée sexuelle ne peut être retenue apte à l'identification des personnes. De même, il apparaît d'autant plus que l'inscription du sexe lors de la déclaration de naissance soit une technologie de genre ayant pour but le maintien de l'hétérosexualité. La Cour constitutionnelle a jugé que le régime de changement de l'enregistrement du sexe, entré en vigueur en 2018, était discriminatoire, pour rappel le nouveau régime permettait le changement de manière irréversible et uniquement entre les deux sexes, le sexe féminin et le sexe masculin. La juridiction constitutionnelle en a considéré que la configuration étudiée par le législateur était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution lu en combinaison avec le droit à l'autodétermination, dans la mesure où le régime ne tenait pas compte des identités de genres fluides et non binaires. Sur cette base, l'arrêt suggère au législateur d'abroger l'enregistrement du sexe à l'état civil, ou encore la création d'une ou plusieurs catégories de sexe supplémentaires²²⁶.

72. Problématiser le facteur discriminatoire. Le Chapitre III de la Partie II analysait tant l'hypothèse d'un sexe neutre, que celle de la suppression de l'enregistrement du sexe. Il me semble que proposer une catégorie de sexe neutre, qui serait une catégorie résiduaire, ne puisse être à même de protéger les intérêts en présence. Ainsi, la mise en

²²⁵ C. Civ., art. 135/1.

²²⁶ C. const., arrêt 99/2019, *op. cit.*

place de la catégorie neutre, en plus de se présenter comme une catégorie potentiellement discriminatoire, comme cela semble se produire en Inde²²⁷, ne permet pas de sortir de l'espace des catégorisations de genre, mais seulement d'identifier ceux qui s'en détachent²²⁸. En revanche, l'absence de déclaration a l'avantage de s'inscrire dans un processus de déconstruction du genre. Il reste toutefois que si la mention du sexe juridique venait à disparaître, cela n'emporterait pas *ipso facto* la disparition des femmes et des hommes. Au contraire, la place des femmes serait invisibilisée et il serait très difficile de mettre en œuvre des politiques de discrimination positive. Ainsi, la disparition artificielle du facteur discriminatoire n'emporterait pas la fin de la discrimination, mais seulement de sa visibilité. En d'autres termes, pour que le sexe puisse ne plus être un problème, il faut pouvoir visibilité et problématiser le sexe et non-pas simplement l'occulter²²⁹. La question qui nous occupe rencontre ici une tension entre la nécessité d'abolir le sexe et les discriminations qu'il implique, et celle de visibilité son action pour la contrer.

73. **Conclusion.** A la lumière des développements ci-dessus, il me semble que la solution la plus indiquée à court terme serait de rendre la donnée sexuelle privée, inaccessible au public et donc inopérante dans la vie de tous les jours. En effet, en supprimant la mention du sexe de la carte d'identité, les individus pourraient circuler, aller chercher un recommandé, prendre un avion, ouvrir un compte en banque, etc. sans être contraints de révéler leur identité de genre, ou leur sexe. Toutefois, afin de continuer à combattre les discriminations fondées sur le genre, une information sur l'anatomie sexuelle pourrait être conservée au sein d'un dossier médical ou d'une fiche spécifique de l'état civil, et ce, sans préjudice d'un régime de changement de sexe. Il serait dès lors possible de continuer d'organiser la récolte de données statistiques, ainsi que de conduire des politiques de discrimination positive. Ce type de régime impliquerait évidemment l'interdiction pour les organismes publics et privés de collecter les données sexuelles. La privatisation de la donnée aurait comme avantage de rendre le genre plus fluide, en permettant une plus grande liberté aux personnes dans le choix de leur identité de genre. Encore, cette solution serait conforme au droit à l'autodétermination. Ce type solution devrait être appréhendée comme une période transitoire permettant de construire

²²⁷ *Etat civil de demain et transidentité, op. cit.*, p. 114 - 117.

²²⁸ *GenresPluriels, op. cit.*, p. 20.

²²⁹ JOAN, W. SCOTT, *op. cit.*, p. 35.

l'égalité de genre, tout en sortant progressivement de la dualité femme/homme et assurer à chacune et à chacun un plus grand respect de sa liberté personnelle, de sa vie privée et de son identité.

Bibliographie

Textes à portée normative

Conventions internationales

(Par ordre chronologique)

- Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme (sic !) et des Libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, 1950, entrée en vigueur en 1953, aussi appelée Convention européenne des droits de l'Homme.
- Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée et ouverte à la signature, 18 décembre 1979, Assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, aussi connue sous le nom de Convention d'Istanbul, 11 mai 2011, entrée en vigueur le 1 août 2014.

Règlements et résolutions internationales et européennes

(Par ordre chronologique)

Nations Unies

- Principes de Jogjakarta plus 10, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 2017, <https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/>

Conseil de l'Europe

- Résolution 2048 du Conseil de l'Europe concernant la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 22 avril 2015.
- Résolution 2191 du Conseil de l'Europe, Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes, Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, 17 octobre 2017.

Union européenne

- Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur les droits des personnes intersexuées, (2018/2878(RSP)), 14 février 2019 – Strasbourg, P8_TA(2019)0128.
- Règlement du parlement européen et du conseil de l'Union européenne du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation, *Journal officiel de l'Union européenne*, 12

juillet 2019, L 188/67, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-70-2019-REV-1/fr/pdf>

Législation nationale

(Par ordre chronologique)

- Constitution belge de 1831.
- Code civil, 21 mars 1804, entré en vigueur le 13 septembre 1807, *M.B.*, 3 septembre 1807.
- Code pénal, 8 Juin 1867, entré en vigueur le 15 octobre 1867, *M.B.*, 9 juin 1867, p. 3133.
- Code judiciaire, 10 octobre 1967, entré en vigueur le premier novembre 1970, *M.B.*, 31 octobre 1967, p. 11360.
- Loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes des étrangers et aux documents de séjour, entrée en vigueur le 13 septembre 1991, *M.B.*, 3 septembre 1991, p. 19075.
- Loi du 15 mai 2007 modifiant l'article 57 du Code civil en ce qui concerne la mention du sexe d'un enfant souffrant d'ambiguïté sexuelle, entrée en vigueur le 22 juillet 2007, *M.B.*, 12 juillet 2007, p. 38054
- Loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, entrée en vigueur le premier juin 2014, *M.B.*, 30 mai 2014, p. 41053.
- Loi du 25 juin 2017 réformant les régimes applicables aux personnes transgenre en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, Entrée en vigueur le premier janvier 2018, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.
- Loi du 25 novembre 2018 portant des dispositions diverses concernant le Registre national et les registres de population, entrée en vigueur le 23 décembre 2018, *M.B.*, 13 décembre 2018, p. 98465.

Actes d'exécution

(Par ordre chronologique)

- Arrêté royal du 25 mars 2003 relatif aux cartes d'identité, entré en vigueur le 7 avril 2003, *M.B.*, 28 mars 2003, p. 15929.
- Arrêté royal du 18 décembre 2003 déterminant les conditions de la gratuité totale ou partielle du bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne et de l'assistance judiciaire, entré en vigueur le premier septembre 2016, *M.B.*, 24 décembre 2003, p. 60559.

Actes législatifs et documents étrangers

- Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, *Bulletin officiel du ministère de la justice et des libertés*, n° 2011-11 du 30 novembre 2011, NOR : JUSC1119808C
- Commission nationale consultative des droits de l'homme, L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée, Audition de Daniel Borrillo devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, le 19 mars 2013.

Documents et travaux parlementaires

(Par ordre chronologique)

- Proposition de loi modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Proposition de loi déposée par Mme Josée Lejeune, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n°1242/001, 24 juin 2004, Doc 51-1242-001.
- Proposition de loi modifiant les articles 55 et 56 du Code civil portant réglementation des actes de naissance, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme VALÉRIE DÉOM – Annexe, *Doc. Parl.*, Chambre, 2006 – 2007, 4 avril 2007, Doc. 51-1242-005.
- Question de Mme Zoé Genot à la ministre de l'Intérieur sur "la mention du sexe sur les documents d'identité", Question parlementaire n° 20124, Chambre, 2009 – 2010, Compte rendu analytique, Commission de l'intérieur, des affaires générales et de la fonction publique, Réunion du 17 mars 2010, CRABV 52 COM 836, p. 32.
- 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 KARINE LALIEUX, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, 19 mai 2017, Doc 54-2403/004.
- Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la justice par Mme Özlem Özen, *Doc. parl.*, Chambre, 2017/2018, 9 mai 2018, Doc 54-2919/006.
- Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes déposée par Mme Fabienne Winckel et consorts, *Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, 24 janvier 2019, (2018 – 2019) Doc 54-3486/001.
- Proposition de résolution visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes, déposée par M. Christophe Lacroix et Mme Caroline Désir et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, 9 juillet 2019, Doc 55-0043/001.
- Proposition de résolution visant à établir un cadre juridique en vue de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes intersexes, déposée par Mmes SARAH

SCHLITZ et JESSIKA SOORS et consorts, *Doc. parl.*, Chambre, 28 janvier 2020, DOC 55-0974/001.

Jurisprudence

Arrêts des Cours suprêmes et jurisprudence internationale
(Par ordre chronologique)

- Cour Suprême du Canada, *Symes c. Canada*, 1993, 4 S.C.R., 695.
- CEDH, *Schwizgebel c. Suisse*, n° 25762/07, 10 juin 2010.
- Cour Suprême Indienne, *National Legal Services authority v. Union of India*, 15 avril 2014.
- Cour de cassation française, Civ., 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16 – 17.189.
- Cour constitutionnelle Allemande, *BVerfG*, 1ère Ch, 10 octobre 2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 65.
- Cour constitutionnelle belge, arrêt 99/2019 du 19 juin 2019, n° 6813.

Autre

- France, Tribunal de Grande Instance, Saint Etienne, 26 mars 1980, D., 1981.270.

Doctrines

Monographies

(Par ordre alphabétique)

- JUDITH BUTLER, *Trouble dans le genre*, 1990, La découverte, 2006.
- CHRISTINE DELPHY, *L'ennemi principal*, Syllepse, Paris, 1998.
- SIMONE DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe II*, Gallimard, 1986.
- MARY DOUGLAS, *De la souillure*, La découverte, 2001.
- FRIEDRICH ENGELS, *Dialectique de la nature*, Paris, Editions sociales, 1968.
- ANNE FASUTO-STERLING, *Les cinq sexes, pourquoi mâle et femelle de sont pas suffisants*, Payot et Rivages, 1993.
- MANON GARCIA, *On ne naît pas soumises on le devient*, Climats, 2018.

- DONNA HARAWAY, *Le manifeste cyborg et autres essais*, Exils éditeur, 2007.
- THIERRY HOQUET, *Des sexes innombrables, le genre à l'épreuve de la biologie*, Seuil, 2016.
- MARIE-HÉLÈNE LAHAYE, *Accouchement. Les femmes méritent mieux*, Michalon, 2018.
- NICOLE-CLAUDE MATHIEU, *L'anatomie politique*, Editions IXE, 2013.
- VICTOIRE TUAILLON, *Les couilles sur la table*, Binge Audio, 2019.
- MARIE-LAURE TOUNKARA, *Légiférer l'intersexualité en Belgique : un défi pour notre société*, Faculté de droit et criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015. Prom : GENEVIÈVE SCHAMPS.
- ALAIN CHARLES VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, 2013, Anthémis.
- MOMIQUE WITTIG, *La pensée straight*, 2001, Editions Amsterdam, éd. 2018.

Contributions à un ouvrage collectif

- DIANE BERNARD, LIOLA DE FUSTENBERG, ELISE FRANCO, ET MARIE-LAURENCE HEBERT-DOLBEC, « Femmes en justice. Un commentaire du code judiciaire Belge », in *Droits des femmes. Codes commentés*, sous la dir. de D. BERNARD ET C. HARMEL, un projet de l'asbl Fem&L.A.W, 2020, pp. 396 - 399.
- DANIEL BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles genre et sexualité*, sous la dir de NICOLE GALLUS, Anthémis, 2012, pp. 7 - 24.
- SYLVIE CAP et GEOFFEEY WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenre : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, sous la coord. de JEANNE. SOSSON, Larcier, 2018, pp. 7 - 51.
- MARIE-XAVIÈRE CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in *Loi et le genre : études critiques de droit français*, sous la dir. de Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, MARC PICHARD, ET DIANE ROMAN, Paris, CNRS Editions, pp. 29 - 47.
- MARIE-XAVIÈRE CATTO, JULIETTE GATÉ, CHARLOTTE GIRARD, STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ, CAROLINA VERGEL-TOVAR, « Question d'épistémologie : les études de genre en terrain juridique », in *Ce que le genre fait au droit*, sous la direction de A. LYON-CAEN ET H. MUIR WATT, Dalloz, 2013, pp. 3 - 24.
- ERNEST GÖTZ, « L'enregistrement de l'état civil », in *Les personnes physiques. L'Enregistrement de l'Etat civil*, sous la dir. de JACQUES-MICHEL GROSSEN et ERNEST GÖTZ, Tome 2, Editions universitaires Fribourg, 1974.

- STÉPHANIE HENNETTE-VAUCHEZ ET DIANE ROMAN, « Du sexe au genre : le corps des femmes en droit international », in *Féminisme(s) et droit international*, sous la dir. de EMMANUELLE TOURME JOUANNET, LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, HORATIA MUIR WATT ET HÉLÈNE RUIZ FABRI, *Études du réseau Olympe*, 2016, pp. 265 - 322.
- DANIELLE LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in *Mélanges André Lajoie*, sous la dir. de PIERRE NOREAU ET LOUISE ROLLAND, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, pp. 659 – 689.
- MICHÈLE-LAURE RASSAT, « Sexe, médecine et droit », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, pp. 651-674.
- MICHEL VAN DE KERCHOVE, « La théorie des actes du langage et la théorie des actes juridiques », *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, sous la dir. de PAUL AMSELEK, ZENON BANKOWSKI, JACQUES BOUVERESSE, PUF, 1986, pp. 211-248.

Articles de doctrine

- ZOUHAIR ALAOUI, DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Distribution des revenus entre les partenaires des couples en Belgique », *Brussels Economic Review, Cahiers économiques de Bruxelles*, 53/1 (2010), pp. 33-57;
- ARON ARNOLD, « Le lien entre le langage, le genre et le corps », Entretien avec Luca Greco, *nonfiction.fr*, 16 août 2012, https://www.nonfiction.fr/article-6042-le_lien_entre_le_langage_le_genre_et_le_corps.htm
- LIN BIAN, SARAH-JANE LESLIE, ANDREI CIMPIAN, « Gender stereotypes about intellectual ability emerge early and influence children interest », *Science*, 7 Jan 2017, Vol. 355, Issue 6323, pp. 389-391.
- ISABELLE BOISCLAIR, « Savoirs féminins, savoirs féministes, savoirs situés », sur « Penser nous devons » !, de MARIA PUIG de la Bellacasa, *L'Harmattan, Ouverture philosophique, Spirale*, pp. 68 - 70.
- DANIEL BORILLO, « Le sexe et le Droit: de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum – Belo Horizonte – v. 5 – n. 2*, juillet, décembre, 2010, pp. 257 - 321.
- MARIE-XAVIÈRE CATTO, « Reconnaître un troisième sexe à l'état civil », *Délibérées, Revue de réflexion critique animée par le Syndicat de la magistrature*, 04/2018, pp. 10 - 14.
- MOHAMED CHAABEN, « Le sexe neutre et le paradigme de la binarité des sexes », *Les Annales de droit*, 11/2017, mis en ligne le 16 octobre 2018, p. 87 – 106.
- ALAIN GROSJEAN, « Le statut des femmes comme un pilier indispensable de l'état de droit », in *Le statut des femmes et l'état de droit*, sous la dir. de Alain Grosjean, 2018, Bruylant, pp. 45 - 50.

- PHILIPPE GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe à l'état civil ? », *La revue des droits de l'homme*, 8/2015, <https://journals.openedition.org/revdh/1660>
- MARIA HELENA SANTOS, PATRÍCIA ROUX ET LÍGIA AMÂNCIO, « Experiences et strategies de femmes investies dans un “monde d’hommes” : le cas de la politique locale portugaise », *Sociologia, Problemas e Práticas* 82/2016. URL : <http://spp.revues.org/2491>
- LAURENCE HÉRAULT, JÉRÔME COURDURIÈS, CHRISTINE DOURLENS, NICOLE GALLUS, MICHELLE GIROUX, MARIE ANNIK GRÉGOIRE, BENJAMIN MORON-PUECH, PHILIPPE REIGNÉ, MYLÈNE HERNANDEZ, CHLOÉ VALLÉE, *Etat civil de demain et transidentité*, Rapport final, sous la dir. de L. Héroult, Droit et justice, Mai 2018, p. 48.
- CAMILLE JAEGLE, « La reconnaissance d’un troisième sexe par la Cour constitutionnelle fédérale allemande : une avancée considérable vers l’intégration des personnes intersexes dans l’ordre juridique », *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droits Libertés*, Disponible sur : <http://journals.openedition.org/revdh/3847>
- BÉATRICE JACQUES, « L'expérience de la maternité sous influence médicale », *Face à face*, 2/2000, URL : <http://journals.openedition.org/faceaface/551>
- NELLY LAS, « La disparition des catégories de sexe : apogée ou fin du féminisme ? », *Controverses*, n° 8, pp. 20 - 32.
- FRANCE LAURENDEAU, *La médicalisation de l'accouchement, Recherches sociographiques*, 1983, 24 (2), pp. 235 – 243. <https://doi.org/10.7202/056034ar> ;
- DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Lorsque seul le ménage compte : variations autour de la pauvreté des ménages et des individus en Europe », *Travail, genre et sociétés*, 26/2 (2011), pp. 85-104.
- DANIELE MEULDERS et SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « Le ménage, cache sexe de la pauvreté des femmes », *Revue belge de sécurité sociale* (2009), pp. 599 - 618.
- MARC PETIT, « Banque de données des actes de l'état civil (BAEC) : Entrée en vigueur reportée, loi modifiée et nouvel A.R. », *Info Droits de succession*, 1/2019, Wolters Kluwer, p. 32-33
- BENJAMIN PITCHO, Communiqué de presse, Paris, 4 mai 2017. Disponible sur : <https://twitter.com/BenjaminPitcho/status/860112374954590209/photo/1>
- BENJAMIN MORON-PUECH, « Le droit des personnes intersexuées », *Socio*, 9/2017, <https://journals.openedition.org/revdh/2815>
- BENJAMIN MORON-PUECH, « La mention du sexe sur les documents d'identité: par-delà une binarité obligatoire », *Journée d'étude Dimension sexuée de la vie sociale : Etat civil, genre et identité*, Juin 2016, Marseille, France, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01374403/document>.

- BENJAMIN MORON-PUECH, « Rejet du sexe neutre : une mutilation juridique ? », *Recueil Dalloz*, 6 juillet 2017, pp. 1404 - 1408.
- DAVID REBY, FLORENCE LEVRÉRO, ERIK GUSTAFSSON ET NICOLAS MATHEVON, « Sex Stereotypes influence Parents' perception of baby cries », *BMC Psychology*, 2016, disponible sur : <https://bmcp psychology.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40359-016-0123-6>
- SILE O'DORCHAI PADRAIGIN, « L'importance des statistiques ventilées par sexe pour l'identification et l'analyse des inégalités de genre », *ULB, IWEPS*, Palais des Académies, Bruxelles, 26 avril 2019.
- ANNE REVILLARD, KARINE LEMPEN, LAURE BERENI, « A la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », *Nouvelles Questions Féministes*, 2009/2, vol. 28, pp. 4 - 10.
- IRÈNE THÉRY, « Le contrat d'union sociale en question », *Esprit*, 1997/10, pp. 159 - 211.
- JOAN W. SCOTT, « L'énigme de l'égalité », *Cahiers du Genre* 2002/2, pp. 17 - 41.
- NAOMI SHOR, « Cet essentialisme qui n' (en) est pas un », disponible sur <https://www.multitudes.net/cet-essentialisme-qui-n-en-est-pas/>
- MONIQUE WITTIG., « On ne naît pas femme », *Feminists Issues*, Vol 1, n°2, hiver 1981, pp. 47 - 54.

Rapports, documents techniques et travail associatif

- Banque carrefour des entreprises, *Description des données du Registre National et du Registre BCSS*, https://www.ksz-bcss.fgov.be/sites/default/files/assets/services_et_support/cbss_manual_fr.pdf
- THIERRY BOSMAN, MARKUS BAUER ET DANIELA TRUFFER, *Intersex Genital Mutilations. Human Rights Violations of Children With Variations of Sex Anatomy*, NGO Report (for PSWG) to the 5th and 6th Report of Belgium on the Convention on the Rights of the (Child CRC), StopIGM.org / Zwischengeschlecht.org, Mars 2018, disponible sur : https://ncrk-cnde.be/IMG/pdf/rapport_alternatif_international_intersex_human_rights.pdf
- Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques, CRC/C/BEL/CO/5-6, 28 février 2019 disponible au lien suivant : <https://tbinternet.ohchr.org>
- FRA, *The fundamental rights situation of intersex people*, European Union Agency for fundamental rights, 04/2015, disponible sur : https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf

- THIERRY HOQUET, *La vraie « nature » du mâle*, interview, 20 décembre 2018, <https://www.binge.audio/la-vraie-nature-du-male/>
- GenresPluriels, *Proposition de loi relative à l'identité de genre, l'expression de genre et les caractères sexuels*, Disponible sur : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/loi_relative_a_l_identite_de_genre.pdf
- ERIK SCHNEIDER, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe? Une perspective*, Rapport du Conseil de L'Europe, novembre 2013, disponible sur : https://www.genrespluriels.be/IMG/pdf/les_droits_des_enfants_intersexes_et_trans_sont-ils_respectes_en_europe_une_perspective.pdf