Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Avant-propos

Wattier, Stephanie

Published in:
Actualités du droit de la famille

Publication date:
2024

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Wattier, S 2024, 'Avant-propos: l'identité de genre : aperçu des développements jurisprudentiels récents', *Actualités du droit de la famille*, numéro 3, pp. 51-53.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 02. May. 2026

Avant-propos. L'identité de genre : aperçu des développements jurisprudentiels récents

Stéphanie WATTIER
Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Namur
Codirectrice du Centre Vulnérabilités et Sociétés

En l'état actuel, l'ensemble des dispositions du droit belge et du droit français sont rédigées en considérant que le sexe – et le genre – sont nécessairement binaires. Aussi, l'article 10, alinéa 3, de la Constitution belge énonce que « [l]'égalité des femmes et des hommes est garantie » et l'article 11*bis*, alinéa 1er, dispose que « [l]a 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 » ; l'article 1er, alinéa 2, de la Constitution française énonce que « [l]a loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». En d'autres termes, au regard des textes constitutionnels, il n'existe que des femmes et des hommes, et il n'y a pas de catégorie « intermédiaire », « indéfinie », voire « autre ». Il en va de même en droit civil où seul le sexe féminin ou masculin est renseigné sur les registres de l'état civil et reporté sur une série de documents officiels comme la carte d'identité, le permis de conduire, le passeport, etc. En Belgique comme en France, le sexe de l'enfant doit être déclaré dans les quinze jours de sa naissance et, si un enfant naît avec un sexe « ambigu », l'article 48 du Code civil belge (ancien) et l'article 57, alinéa 2, du Code civil français octroient, par dérogation, un délai de trois mois – seulement – aux parents pour le déclarer à l'état civil.

Autrement dit, il n'y a actuellement pas non plus, en droit civil belge et français, de place pour un troisième sexe, un genre neutre, ou encore un statut de personne intersexe par exemple[1]. Pourtant, davantage de personnes naissent intersexes que ce que la plupart s'imaginent, cette réalité continuant à demeurer particulièrement taboue dans nos sociétés. Bien qu'aucun chiffre officiel ne soit disponible, selon certains experts, le nombre de personnes intersexes varierait entre 0,2 %[2] et 1,7 %[3] de la population. Suivant d'autres, il varierait entre 0,05 % et 1,7 %[4]. Selon d'autres encore, il concernerait une personne sur 1500 ou sur 2000, soit entre 0,06 % et 0,05 %[5] de la population[6].

Amenées à se prononcer sur la potentielle reconnaissance d'une « troisième » ou d'une « autre » catégorie aux côtés des sexes féminin et masculin, deux des juridictions suprêmes belge et française – respectivement la Cour constitutionnelle belge et la Cour de cassation française – ont eu des réactions diamétralement opposées au départ d'un régime de droit civil pourtant quasiment identique en la matière.

S'agissant de la Cour constitutionnelle, elle a estimé, dans son arrêt n° 99/2019 rendu le 19 juin 2019 – publié dans ce numéro[7] – que « le législateur n'utilise pas un critère de distinction pertinent en prévoyant la possibilité de modifier l'enregistrement pour les personnes dont l'identité de genre est binaire et en ne prévoyant pas une telle possibilité pour les personnes dont l'identité de genre est non binaire »[8]. La Cour a précisé qu'il s'agit d'une lacune législative qui devra être corrigée. A cette fin, elle a indiqué qu'il existe « pour remédier à cette inconstitutionnalité, plusieurs possibilités, parmi lesquelles la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre, mais également la possibilité de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne. C'est donc au

1. En Europe, les régimes juridiques commencent à évoluer, avec une série d'Etats – comme par exemple l'Allemagne depuis 2018 (art. 59 de la loi sur l'état civil) – qui prévoient la possibilité pour les parents de ne pas renseigner le sexe de l'enfant à la naissance. Pour un aperçu global de la question des droits des personnes intersexes en Europe, voir not. : J.M. SCHERPE, A. DUTTA & T. HELMS (dir.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019. Voir aussi : P. COLSON, A.-C. RASSON, S. WATTIER et M. ROLAIN (dir.), *Les droits des personnes intersexes : regards croisés*, Bruxelles, Larcier, 2024 (à paraître).
2. L. SAX, « How Common Is Intersex ? A Response to Anne Fautso-Sterling », *The Journal of Sex Research*, vol. 39, n° 3, 2002, p. 175.
3. A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body : gender politics and the construction of sexuality*, New York, Basic Books, 2000, p. 53.
4. ONU, « Intersexes », *Libres et Egaux*, p. 1, disponible sur https://unfe.org/system/unfe-67-UNFE_Intersex_Final_FRENCH.pdf.
5. Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Dossier thématique du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2015, p. 16, disponible sur : https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes-document-thematique-publie-p/16806da66e.
6. Il faut, en outre, souligner qu'il existe différentes hypothèses de variations sexuelles, allant de « l'hermaphrodisme vrai » jusqu'à différentes déclinaisons de « pseudo-hermaphrodisme ». A ce sujet, voir entre autres : A.D. DREGER, C. CHASE, A. SOUSA, P.A. GRUPPUSO & J. FRADER, « Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex : A Scientific and Clinical Rationale », *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, 2005, p. 729 et s.
7. Voir p. 54-64.
8. C.C., n° 99/2019 du 19 juin 2019, B.6.6.

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 »[9].

S'agissant de la Cour de cassation française, elle a, dans un arrêt rendu le 4 mai 2017, estimé que « si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 ; que la reconnaissance par le juge d'un 'sexe neutre' aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination »[10]. Son pourvoi ayant été rejeté par la Cour de cassation, le demandeur – un certain « Y » – a introduit une requête auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant que le rejet de sa demande, en tant que personne intersexuée, tendant à ce que la mention « neutre » ou « intersexe » soit inscrite sur son acte de naissance à la place de la mention « masculin », constitue une violation de l'article 8 de la Convention. Par un arrêt *Y c. France* rendu le 31 janvier 2023 – également publié dans ce numéro[11] – la Cour de Strasbourg a donné tort au requérant, estimant devoir « faire preuve en l'espèce de réserve » et reconnaissant « en effet que, même si le requérant précise qu'il ne réclame pas la consécration d'un droit général à la reconnaissance d'un troisième genre mais seulement la rectification de son état civil de manière à ce qu'il reflète la réalité de son identité, faire droit à sa demande et déclarer que le refus d'inscrire la mention 'neutre' ou 'intersexe' sur son acte de naissance à la place de 'masculin' est constitutif d'une violation de l'article 8, aurait nécessairement pour conséquence que l'État défendeur serait appelé, en vertu de ses obligations au titre de l'article 46 de la Convention, à modifier en ce sens son droit interne »[12].

Ainsi donc, le législateur français, à l'inverse du législateur belge, échappe – à tout le moins pour le moment – à l'obligation de revoir la binarité de sexe et de genre telle qu'elle caractérise actuellement son droit. L'arrêt *Y c. France* était très attendu dans la mesure où il s'agissait de la première affaire portée devant la Cour européenne des droits de l'homme par une personne intersexe. L'orientation prise par la Cour en optant pour une marge d'appréciation « élargie »[13] reconnue à l'Etat français peut toutefois sembler surprenante[14] lorsqu'elle est comparée à l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot* du 6 avril 2017, également rendu contre la France et publié dans ce numéro[15], qui condamne pour la première fois la condition d'irréversibilité en matière de changement de sexe à l'état civil. En effet, dans cette affaire, l'Etat avait été condamné alors que le consensus européen allait dans le sens de la législation en cause. Comme l'a relevé l'un des juges dissidents[16], « [e]n octobre 2016, la situation concernant la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes transgenres dans les Etats membres du Conseil de l'Europe était la suivante : dans sept Etats membres, cette reconnaissance n'était pas possible ; dans 22 Etats membres, elle était possible, mais subordonnée en droit, entre autres, à la condition litigieuse de stérilisation du demandeur ; dans 'seulement' 18 États membres, la stérilisation n'était plus requise en droit pour la reconnaissance de l'identité de genre des personnes transgenres », ce qui n'a pas empêché la Cour de conclure à la violation de l'article 8 de la Convention au nom de la protection du droit à l'autodétermination des personnes trans*.

Bien sûr, les situations des personnes inter* et des personnes trans* demeurent distinctes. Il reste que toutes deux touchent à l'identité sexuelle et de genre et qu'elles questionnent fondamentalement le droit à l'autodétermination des individus. Concernant les personnes intersexes – ou intersexuées – la question du droit à l'intégrité physique et de l'interdiction des opérations forcées d'assignation sexuelle à la naissance ou dans la petite enfance demeure particulièrement aiguë, et les Etats peinent encore à concrétiser de telles interdictions[17].

9. C.C., n° 99/2019 du 19 juin 2019, B.6.6. A cet égard, il est également intéressant de relever qu'une sensibilité à la non-binarité commence doucement à apparaître au sein de la jurisprudence belge d'instance. A ce sujet, voir : Trib. fam. Namur, 29 septembre 2023 et l'usage du pronom « iel » par le juge à l'égard d'une personne mineure qui avait la conviction d'être non binaire (publié dans ce numéro : voir p. 86 et s.
10. Cass. fr., arrêt n° 531 du 4 mai 2017.
11. Voir p. 71 et s.
12. Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France* du 31 janvier 2023, § 90. Sur cet arrêt, voir spéc. : O. BUI-XUAN, « L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La prudence de la Cour européenne des droits de l'homme face au dépassement de la bicatégorisation des mentions de sexe à l'état civil », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Y c. France*, 31 janvier 2023, *Rev. trim. dr. h.*, 2023, pp. 1117-1141 ; voir aussi : A. BOISGONTIER, « Absence de reconnaissance d'un 'sexe neutre' : la Cour européenne des droits l'Homme joue la carte de la prudence », *Rev. dr. h. [En ligne]*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne en avril 2023 ; E. CROSSET DECHANY, « Deux c'est bien, trois c'est trop : la reconnaissance d'une troisième catégorie de 'sexe neutre' laissée à la discrétion des Etats », *J.L.M.B.*, 2023, pp. 1056-1062.
13. Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France* du 31 janvier 2023, § 80.
14. A ce sujet, voir spéc. : O. BUI-XUAN, « L'absence de reconnaissance juridique à l'état civil des personnes intersexes… », *op. cit.*, pp. 1117-1141.
15. Voir p. 64 et s.
16. Voir : opinion dissidente du Juge Ranzoni, p.t 7, Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017.
17. Pour le moment, seuls quatre Etats du Conseil de l'Europe – Malte, le Portugal, l'Islande et l'Allemagne – interdisent expressément les opérations forcées d'assignation sexuelle sur les mineurs. Au demeurant, la mise en application concrète de ces interdictions demeure complexe (à ce sujet, voir not. : International Intersex Human Rights, « Intersex Genital Mutilations Human Rights Violations Of Children With Variations Of Reproductive Anatomy », Online report, 2019, disponible sur : https://intersex.shadowreport.org/public/2019-CRC-Malta-NGO-Zwischengeschlecht-Intersex-IGM.pdf). Au sein de la jurisprudence belge, à propos de la responsabilité médicale pour une intervention chirurgicale sur une personne intersexe, voir : Bruxelles, 7 février 2023 (publié dans ce numéro, p. 82-86 A propos de cet arrêt, voir aussi : C. DERAVE, A.-C. RASSON et I. RORIVE, « La cour d'appel de Bruxelles met un coup d'arrêt à la normalisation des corps des enfants intersexués », obs. sous Bruxelles, 7 février 2023, *J.T.*, 2024, à paraître.

En toile de fond, l'on s'aperçoit également qu'un élément demeure toujours relativement confus ou confondu : celui de la différence entre, d'une part, le sexe – qui vise les caractéristiques anatomiques (et se rattache donc à la biologique humaine) et est le seul renseigné, même si uniquement de façon binaire, sur les registres de l'état civil belge et français – et le genre, un concept sociologique qui vise à opérer une distinction entre les rôles sociaux féminins et masculins, et peine à trouver sa place en droit. Le Constituant dérivé et le législateur opèrent eux-mêmes d'ailleurs des confusions régulières entre l'un et l'autre, comme par exemple dans les versions française et néerlandaise de l'article 67, § 3, de la Constitution qui, concernant les sénateurs, vise respectivement leur « genre » et leur « *geslacht* » (sexe).

Le présent dossier de la Revue de droit familial constitue donc assurément une heureuse occasion de mettre en lumière ces différents enjeux à travers quelques récents développements jurisprudentiels.