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

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

# L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge

Mathieu, Geraldine; Rasson, Anne-Catherine; Allard, Marie-Pascale

*Published in:*
L'enfant et le sexe

*Publication date:*
2021

*Document Version*
le PDF de l'éditeur

Link to publication

*Citation for pulished version (HARVARD):*
Mathieu, G, Rasson, A-C & Allard, M-P 2021, L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge: vers un changement de paradigme ? dans A Fretin & B Mallevaey (eds), *L'enfant et le sexe.* Actes. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, pp. 57-69.

**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: 03. Jul. 2025

# L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge : vers un changement de paradigme ?

**MARIE-PASCALE ALLARD**
Assistante à l'Université de Namur, Belgique

**GÉRALDINE MATHIEU**
Maître de conférences à l'Université de Namur, Belgique

**ANNE-CATHERINE RASSON**
Assistante à l'Université de Namur, Belgique

*On nous apprend depuis toujours qu'il y a une nature à être hommeet à être femme. J'avais une compréhension intuitive de la construction des genres : les comportements, les vêtements... pour les hommes ou pour les femmes. C'est une chose que j'ai rejetée : je voulais tout être*[1] [...]

« Alors, c'est une fille ou un garçon ? ». Telle est la question qui se pose immanquablement à la naissance d'un enfant, voire dès les premiers mois suivant sa conception. Cette question bien anodine reflète la place essentielle qu'occupe la catégorisation binaire du sexe[2] et du genre des êtres humains

1. Témoignage publié sur https://www.huffingtonpost.fr/entry/assignee-fille-a-la-naissance-je-resiste-a-la-binarite-de-genre-et-de-sexe_fr_5da88594e4b0b5c9be4abd49

2. Or, le sexe est complexe et pluriel : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social (D. Borrillo, « Le sexe et le droit : de la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi », *Meritum* – Belo Horizonte 2010, v. 5, n° 2, p. 269, http://fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1059/752).

dans notre société[3], catégorisation qui façonne nos systèmes juridiques et apparaît comme fondamentale dans la définition des rôles sociaux. L'enfant se voit ainsi assigner une catégorie sexuée dès sa naissance, sur la base de caractéristiques anatomiques considérées comme « mâles » ou « femelles ». Cette assignation déterminera le reste de sa vie juridique, sous réserve de la possibilité de demander une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil, possibilité qui est offerte par le droit belge au mineur dès l'âge de seize ans en vertu de l'article 135/1, paragraphe 10 du Code civil.

Les enfants qui viennent au monde en présentant des caractéristiques sexuelles physiques ne correspondant pas aux normes médicales ou sociales associées au corps féminin ou masculin doivent eux aussi répondre à l'injonction du droit et rentrer dans une catégorie sexuée. Dès lors, même en l'absence de problèmes de santé liés à leur spécificité, ils subissent couramment, souvent dès leur plus jeune âge, des opérations ou traitements médicaux dits de « normalisation », afin de faire correspondre leur apparence physique à l'un ou l'autre sexe[4]. Ce constat pose de nombreuses questions en matière de droits humains.

Après un premier point consacré à la définition de l'intersexuation[5] et à sa prévalence (**I**), nous examinerons la manière dont le droit international des droits humains appréhende la situation des personnes et, plus particulièrement, des enfants intersexes (**II**). Nous nous pencherons ensuite sur la situation de ces enfants au regard du droit belge (**III**) et formulerons des recommandations pour un meilleur respect de leurs droits (**IV**).

## I. DÉFINITION ET PRÉVALENCE DE L'INTERSEXUATION

L'intersexuation vise la situation des personnes « qui, compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins ou féminins[6] ». L'enfant intersexe s'entend ainsi d'un enfant dont les caractères sexués sont atypiques ou non conformes aux normes généralement admises.

3. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, Document thématique, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015, p. 13, https://rm.coe.int/droits-de-l-homme-et-personnes-intersexes-document-thematique-publie-p/16806da66e
4. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 14.
5. Afin d'éviter tout amalgame entre « sexe » et « sexualité », nous privilégions le terme d'« intersexuation » plutôt que celui d'« intersexualité » qui sous-entendrait, à tort, qu'il s'agirait d'une forme de sexualité (en ce sens, v. E. Schneider, *Les droits des enfants intersexes et trans sont-ils respectés en Europe – Une perspective*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2013, p. 28, https://rm.coe.int/168047f2a8).
6. D. C. Ghattas, *Human Rights between the Sexes : A preliminary study in the life of inter*individuals*, Berlin, Henrich Böll Stiftung, Publication Series on Democracy, vol. 34, 2013, p. 10, traduction libre.





Il n'existe pas de consensus « sur la question de savoir quelles sont les variations du développement sexué à considérer comme intersexes[7] ». L'intersexuation peut ainsi couvrir un large éventail de conformations anatomiques. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe rappelle à cet égard que le qualificatif intersexe « n'est pas un type en soi, mais plutôt un terme générique qui regroupe l'ensemble des personnes présentant des variations des caractéristiques sexuelles[8] ».

L'on relèvera que l'intersexuation figure toujours dans le classement international des maladies de l'Organisation mondiale de la santé au titre de « désordre du développement sexuel[9] ». Le monde médical continue dès lors, en grande majorité, à traiter l'intersexuation comme une maladie nécessitant une prise en charge médicale, alors même que la plupart des enfants intersexes naissent en bonne santé[10]. Le caractère pathologique de l'intersexuation est toutefois loin de faire l'unanimité[11], d'aucuns estimant qu'elle ne devrait désigner que la variabilité biologique des sexes[12]. Les instances européennes elles-mêmes se prononcent en faveur de la dépathologisation des variations intersexes[13].

Quant à la prévalence de l'intersexuation, les Nations unies avancent un pourcentage allant de 0,05 % à 1,7 % d'enfants à travers le monde qui naissent avec des caractéristiques sexuelles ne correspondant pas aux définitions typiques de « mâle » et « femelle[14] ». En Europe, le chiffre d'une naissance sur 4 500 a également été avancé[15]. Ces chiffres doivent cependant être maniés avec précaution dès lors qu'il n'y a pas de collecte systématique

7. E. Schneider, *op. cit.*, p. 28.
8. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 15.
9. V. la dernière version de l'*International Classification of Diseases 11th Revision* (ICD (11)) adoptée en mai 2019 et qui entrera en vigueur le 1er janv. 2022, https://icd.who.int/browse11/l-m/en
10. Résol. 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, S/RES/2191 (2017), 12 oct. 2017, pt 1 ; Iglyo, OII Europe et EPA, *Soutenir son enfant intersexe*, 2018, p. 4, https://www.iglyo.com/wp-content/uploads/2018/10/OII_InterGuide_FRA_ES_WEB.pdf
11. V. sur cette controverse : E. Schneider, *op. cit.*, p. 29.
12. Groupe ONG Radelux, *Complément commun au rapport supplémentaire au 3e et 4e rapport national (2001-2009) sur les droits de l'enfant au Luxembourg. Les droits des enfants trans' et des enfants intersexes. L'exemple de leur situation au Luxembourg*, 2012, p. 54, http://www.ances.lu/attachments/155_RADELUX_transgender%2006-02-2013%20DINA4%20layout.pdf
13. V. not. Résol. 2018/2878 du Parlement européen du 14 févr. 2019 sur les droits des personnes intersexuées, P8 TA(2019)0128, pt 7 ; Résol. 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe précitée, pt 2 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 9.
14. Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Intersexe*, Programme « Libres et égaux », Note d'information, 2018, https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/Intersex-FR.pdf
15. GAMS Belgique, « Mutilations sexuelles – Déconstruire les idées reçues », *JDJ* févr. 2017, n° 362, p. 15, également disponible sur le site www.gams.be

de données, d'une part, et que le recueil de chiffres est intrinsèquement lié aux définitions utilisées qui ne font pas consensus, d'autre part[16].

## II. L'INTERSEXUATION À L'ÉPREUVE DES DROITS HUMAINS

Les traitements médicaux et chirurgicaux de « normalisation » pratiqués afin de faire correspondre le corps des enfants intersexes au paradigme de genre exclusivement binaire n'ont le plus souvent aucun but thérapeutique mais reposent sur la croyance qu'il s'agit de soins nécessaires et souhaitables, à la fois pour la société et pour l'enfant[17]. Or, comme le souligne à juste titre Geoffrey Willems, « les derniers développements de la réflexion médicale remettent drastiquement en cause l'idée que le traitement chirurgical précoce des DSD [ou "*disorders of sex development*"] contribuerait au bien-être des individus concernés[18] ». Ces interventions emporteraient, bien au contraire, des conséquences néfastes tout au long de la vie de ces enfants, telles que des traumatismes psychologiques et des infirmités physiques[19] : « stérilisation, cicatrices très marquées, infections des voies urinaires, diminution ou perte totale des sensations sexuelles, arrêt de la production d'hormones naturelles, dépendance aux médicaments, sentiment profond de violation de leur personne, etc.[20] ». De nombreux adultes intersexes ayant subi de tels traitements lorsqu'ils étaient enfants soulignent ainsi « la honte et la stigmatisation liées aux tentatives d'effacer leurs caractères intersexes [...]. Beaucoup ont également le sentiment qu'on leur a imposé des catégories de sexe et de genre qui ne leur correspondent pas[21] ».

Les traitements et opérations subis par les enfants intersexes dès leur plus jeune âge sans nécessité médicale violent ainsi, à notre estime, plusieurs de leurs droits humains, tels le droit à l'intégrité physique et psychique[22] et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants[23], le droit à la

16. E. Schneider, *op. cit.*, p. 29.
17. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 24
18. G. Willems, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *in* G. Mathieu *et al.* (dir.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 490, note 54.
19. Résol. 2018/2878 du Parlement européen préc., cons. D.
20. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 14.
21. Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Intersexe*, *op. cit.* V. aussi Résol. 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préc. On ajoutera que le mauvais sexe serait assigné à l'enfant dans 8,5 % à 40 % des cas (E. Schneider, *op. cit.*, p. 33; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 24).
22. V. concernant la protection des enfants contre toute atteinte à leur intégrité physique ou psychique, l'article 19 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989. L'article 22 *bis*, alinéa 1er de la Constitution belge dispose par ailleurs que « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle ».
23. Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, art. 7; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 nov. 1950, art. 3; Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989, art. 37.a. V. en ce sens le Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture, Juan E. Méndez : Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, A/HRC/22/53, 1er févr.2013, p. 20 et 25.





santé[24] mais aussi le droit au respect de la vie privée[25] qui inclut le droit à l'identité[26], à l'autonomie personnelle et à l'autodétermination.

Dans ses récentes observations finales adressées à la Belgique, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies s'est ainsi montré préoccupé par les interventions chirurgicales et autres procédures médicales que subissent les enfants intersexes dès leur plus jeune âge et a demandé à l'État belge « d'interdire les traitements médicaux ou actes chirurgicaux inutiles sur des enfants intersexes lorsque ces procédures peuvent être reportées en toute sécurité jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de donner son consentement éclairé, et de veiller à ce que les enfants intersexes et leur famille aient accès à des services adaptés de conseil et d'appui[27] ». Le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels ont également fait part de préoccupations identiques[28].

Les droits des enfants intersexes ont par ailleurs fait l'objet d'une attention croissante dans des instruments juridiques non contraignants.

Au niveau international, les Principes de Jogjakarta plus 10, adoptés en 2017 par un groupe d'experts de droit international des droits humains[29], affirment

24. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966, art. 12; Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, art. 11 et 13; Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989, art. 24. Dans le cas des personnes intersexes, le droit à la santé revêt un double aspect : « ne pas subir de traitements et interventions forcés et non consentis qui ont des conséquences négatives, tout au long de la vie, sur la santé physique et mentale de ces personnes et avoir accès à des services généraux de santé qui soient appropriés, adéquats et respectueux de leur diversité corporelle » (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 33).
25. Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, art. 17; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 nov. 1950, art. 8; Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989, art. 16.
26. V. plus spécifiquement, concernant le droit de l'enfant à la préservation de son identité, l'art. 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989.
27. Com. dr. enf., *Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapport périodique*, 1er févr. 2019, CRC/C/BEL/CO/5-6, § 25 et 26.
28. Com. D.H., *Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Belgique*, 1er nov. 2019, CCPR/C/BEL/CO/6, § 22; Com. DESC, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Belgique*, 6 mars 2020, E/C.12/BEL/CO/5, § 54 et 55.
29. Principes additionnels et obligations additionnelles des États au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta, dits Principes de Jogjakarta plus 10, adoptés en 2017, disponibles sur https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/les-principes-de-jogjakarta-plus-10/. Les Principes de Jogjakarta plus 10 complètent les Principes de Jogjakarta adoptés en 2007 (Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, 26 mars 2007, disponibles sur https://

ainsi que « personne ne doit être sujet à des procédures médicales invasives ou irréversibles qui modifient les caractéristiques sexuelles sans son consentement préalable, libre et informé ». Ils précisent à cet égard que les États devraient veiller au fait que « les enfants soient pleinement consultés et informés au sujet de toutes modifications apportée[s] à leurs caractéristiques sexuelles » et que « tout consentement par l'enfant concerné à de telles modifications soit donné d'une manière conforme au développement des capacités de l'enfant ». Ils rappellent aussi que le concept d'« intérêt supérieur de l'enfant » ne peut être manipulé pour justifier des pratiques entrant en conflit avec son droit à l'intégrité corporelle[30]. Ces principes comprennent par ailleurs une prescription au travers de laquelle il est recommandé aux autorités nationales d'abandonner l'enregistrement du sexe et du genre dans les documents officiels; à défaut, il est suggéré d'offrir à toute personne des options multiples dans le choix du genre[31]. S'ils ne sont pas contraignants, les Principes de Jogjakarta intègrent néanmoins des droits humains universels consacrés, quant à eux, dans des instruments ayant force obligatoire. Il s'agit dès lors d'une source de *Soft Law* particulièrement pertinente et innovante, revêtue d'une grande autorité morale.

Au niveau européen, on mentionnera la résolution du Parlement européen du 14 février 2019[32] ainsi que les résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de 2013[33] – la première en la matière – et de 2017[34] qui condamnent toutes trois fermement les actes chirurgicaux de normalisation pratiqués à l'égard des enfants intersexes sans leur consentement éclairé et sans nécessité médicale[35]. Au travers de sa résolution 2191, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe encourage également les autorités nationales à mettre en place « un ensemble d'options » dans les classifications qui font appel au critère du genre[36], voire à rendre facultatif l'enregistrement du sexe dans les documents d'identité[37].

yogyakartaprinciples.org/). L'objectif de ces Principes est de permettre une meilleure compréhension et application en termes de respect, de protection et de promotion du droit international des droits humains « fragmenté et inconsistant » qui impose aux États de garantir une protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (Principes de Jogjakarta, préc., Introduction).

30. Principes de Jogjakarta plus 10 préc., Principe 32.
31. *Ibid.*, Principe 31.
32. Résol. 2018/2878 du Parlement européen préc., pt 2.
33. Résol. 1952 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Le droit des enfants à l'intégrité physique*, S/RES/1952 (2013), 1er oct. 2013, pt 7.5.3.
34. Résol. 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préc., pts 7.1 et 7.2.
35. Dans le même sens : Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 9.
36. Résol. 2191 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, préc., pt 7.3.3.
37. *Ibid.*, pt 7.3.4.





# III. L'INTERSEXUATION À L'ÉPREUVE DU DROIT BELGE

## A. L'INVISIBILITÉ DES ENFANTS INTERSEXES

En Belgique, la situation des enfants intersexes ne bénéficie que d'une très faible visibilité. Selon le prescrit de l'article 44, alinéa 1er 1° du Code civil, le sexe du nouveau-né doit être mentionné dans l'acte de naissance. Une seule disposition du Code civil, l'article 48, permet la prise en compte de « l'ambiguïté sexuelle » en autorisant les parents à différer de trois mois après la naissance la déclaration du sexe à l'état civil en cas d'incertitude[38].

Le droit belge n'appréhende ainsi l'intersexuation que comme un obstacle temporaire d'une durée maximale de trois mois à l'assignation d'un sexe[39]. Dans cet intervalle, les enfants intersexes seront très souvent soumis à des traitements hormonaux et à des opérations de « normalisation », de manière à leur permettre d'être enregistrés officiellement comme appartenant au sexe masculin ou féminin. Eu égard au très jeune âge de l'enfant, seul le consentement des parents sera exigé, conformément au prescrit de l'article 12, paragraphe 1er, de la loi relative aux droits du patient[40] qui dispose : « Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur. »

Le paragraphe 2 de l'article 12 de la loi permet certes au patient mineur d'être *associé* à l'exercice de ses droits suivant son âge et sa maturité et de pouvoir *exercer seul* ses droits, s'il est estimé « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ». S'agissant d'un nouveau-né, les parents devront cependant décider seuls, sur la base de l'intérêt de l'enfant[41].

Il est à cet égard permis de s'interroger sur le caractère libre et éclairé du consentement des parents dès lors que divers facteurs, tels que le manque d'information et de temps, la pression sociale de la « normalité » et la crainte

38. Art. 48 C. civ. : « Lorsque le sexe de l'enfant est ambigu, le père ou la coparente et la mère, ou l'un d'eux, peuvent déclarer le sexe de l'enfant dans un délai de trois mois, moyennant une attestation médicale. » Il n'est toutefois pas possible de postposer le choix du prénom, mais celui-ci peut être non genré (v. à cet égard : Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 100).
39. S. Cap et G. Willems, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *in* J. Sosson (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 47 s.
40. Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 sept. 2002.
41. Sous réserve de l'application de l'art. 15 § 2 de la loi relative aux droits du patient qui dispose que « dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé, le praticien professionnel, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, déroge à la décision prise par la personne visée [à l']article 12 ».

que l'enfant soit victime de préjugés sociaux, peuvent en effet faire pression et intervenir dans leur décision[42].

Le constat peut donc être posé qu'en l'état actuel du droit belge, les enfants intersexes sont pour ainsi dire invisibles et leurs droits violés[43].

## B. LA LOI DU 25 JUIN 2017 RÉFORMANT DES RÉGIMES RELATIFS AUX PERSONNES TRANSGENRES

Une amélioration du statut des enfants intersexes aurait pu être espérée au moment de l'adoption de la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres[44]. Cette loi a en effet renforcé les droits fondamentaux des personnes transgenres en simplifiant et en démédicalisant la procédure permettant de demander une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil pour les majeurs, les mineurs émancipés et les mineurs non émancipés à partir de l'âge de 16 ans, moyennant l'attestation d'un pédopsychiatre[45] et pour autant qu'ils soient assistés de leurs parents ou de leurs représentants légaux[46].

Les experts interrogés durant le processus d'adoption de la loi du 25 juin 2017 et certains parlementaires avaient souligné l'importance de profiter de cette réforme pour se saisir de la situation des enfants intersexes. Ils proposaient une approche globale et inclusive visant à lutter contre l'exclusion dont ils font l'objet[47] et souhaitaient qu'il soit mis un terme aux « pratiques médicales préjudiciables sur les enfants intersexués, y compris les chirurgies et traitements non nécessaires sans leur consentement éclairé[48] ». Il

42. Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 24 ; E. Schneider, *op. cit.*, p. 36 s.
43. V. à cet égard la proposition de résolution du 28 janv. 2020 visant à établir un cadre juridique en vue de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes intersexes qui pose le même constat (*Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0974/001).
44. Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juill. 2017.
45. Cette attestation a uniquement pour but de confirmer que le mineur dispose d'une faculté de discernement suffisante pour avoir la conviction durable que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement (Art. 135/1, § 10, al. 1er C. civ.).
46. Art. 135/1, § 10, al. 1er *in fine* C. civ. Relevons toutefois que, conformément à l'alinéa 2 du même article, si les parents ou représentants légaux refusent d'assister le mineur, celui-ci peut demander au tribunal de la famille de l'autoriser à poser l'acte assisté d'un tuteur *ad hoc*.
47. 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, *Doc.*, Ch., 2016-2017, n° 54 2403/004, p. 11 et 44.
48. Audition d'Emmanuelle Bribosia, représentante de l'Equality Law Clinic, professeure à la Faculté de droit et directrice du Centre Perelman de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles (ULB) (rapport préc., *Doc.*, Ch., n° 54-2403/004, p. 45).





fut néanmoins décidé de reporter le débat[49], celui-ci impliquant de modifier fondamentalement le système binaire de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil ou d'envisager la suppression de la mention du sexe sur les documents officiels. Or, « les temps ne semblaient [...] pas mûrs en Belgique pour une telle modification juridique[50] ». L'adoption de cette loi n'a donc finalement pas permis de remédier au constat d'invisibilité des personnes intersexes.

## C. L'ARRÊT DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU 19 JUIN 2019

Deux ans plus tard, par un arrêt du 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle belge a amorcé un changement de paradigme quant à ce système binaire exclusivement féminin ou masculin. Saisie d'un recours en annulation contre la loi du 25 juin 2017, elle a en effet considéré qu'il était contraire au principe d'égalité et de non-discrimination, combiné au principe d'autodétermination, de contraindre les personnes « non binaires[51] » à accepter un enregistrement du sexe ne correspondant pas à leur identité de genre dans leur acte de naissance. La Cour constate en effet qu'à l'inverse, les personnes dont l'identité de genre est binaire peuvent, quant à elles, faire modifier l'enregistrement de leur sexe à l'état civil lorsque celui-ci ne correspond pas à leur identité de genre vécue[52]. Si la différence de traitement repose en l'occurrence sur un critère objectif[53], elle n'est pas raisonnablement justifiée[54]. La Cour souligne cependant qu'il appartient au seul législateur de pallier l'inconstitutionnalité constatée, dès lors que celle-ci ne concerne pas la loi attaquée mais une lacune législative à laquelle la Cour ne peut elle-même remédier. Au terme de son raisonnement, elle relève deux possibilités ouvertes au législateur : soit la création d'une ou de plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, tant à la naissance qu'après, du sexe et de l'identité de genre de tous les individus, qu'ils aient une identité de genre binaire ou non, soit la suppression de l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil des personnes[55].

49. Rapport préc., *Doc.*, Ch., n° 54-2403/004, p. 51.
50. E. Bribosia et I. Rorive, « L'Equality Law Clinic aux prises avec les droits bafoués des personnes trans* en Belgique», *in* N. Chetcuti-Osorovitz *et al.* (coord.), *Striges en tous genres*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2018, p. 30.
51. C'est-à-dire ne relevant pas des catégories masculine ou féminine.
52. C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.6.6.
53. *Ibid.*, B.6.4.
54. *Ibid.*, B.6.5-B.6.6.
55. *Ibid.*, B.7.3. Ces options font écho au Principe n° 31 des Principes de Jogjakarta plus 10 préc.

## IV. RECOMMANDATIONS

Il est désormais indispensable que le législateur belge se saisisse du changement de paradigme initié par la Cour constitutionnelle pour revoir substantiellement le statut des enfants intersexes, en veillant au respect de leurs droits humains.

Nos recommandations à cet égard sont doubles et concernent d'une part les traitements médicaux, d'autre part les mentions relatives à l'enregistrement du sexe à l'état civil[56].

Tout d'abord, nous considérons que les traitements hormonaux et opérations de normalisation réalisés sans nécessité médicale et sans le consentement de l'enfant devraient être définitivement interdits et différés jusqu'à ce que l'enfant soit capable d'exprimer lui-même son consentement libre et éclairé au regard de son identité de genre vécue, conformément aux droits de l'enfant tels qu'interprétés par les instances onusiennes et européennes[57].

Une exception pourrait ainsi être introduite à l'article 12, paragraphe 1er, de la loi relative aux droits du patient[58] qui interdirait aux parents de décider, dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale, que des traitements ou chirurgies de normalisation soient réalisés sur leurs enfants intersexes sans nécessité médicale. Le droit de consentir à de tels traitements ou chirurgies devrait pouvoir être exercé ultérieurement, de façon autonome, par le patient mineur qui le souhaite dès lors qu'il peut être considéré comme « apte à apprécier raisonnablement ses intérêts », conformément au

56. V. aussi les propositions de résolution déposées à la Chambre des représentants le 9 juill. 2019 visant à reconnaître le droit à l'intégrité physique des mineurs intersexes (*Doc.*, Ch., 2019, n° 55-0043/001) et le 28 janv. 2020 visant à établir un cadre juridique en vue de garantir la protection des droits fondamentaux des personnes (*Doc.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0974/001).

57. Dans le même sens, v. les recommandations du *Mémorandum* réalisé par l'Equality Law Clinic, « Pour une reconnaissance des droits fondamentaux des personnes intersexes », publié le 23 avr. 2019, http://equalitylawclinic.ulb.be/evenements/memorandum-pour-une-reconnaissance-par-la-belgique-des-droits-fondamentaux-des-personnes-intersexes.html ; E. Bribosia et I. Rorive, « Human rights integration in action : making equality law work for trans people in Belgium », *in* E. Brems et S. Ouald-Chaib (éd.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law. Users' Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 136 et G. Mathieu, A.-C. Rasson et M. Rolain, « L'appréhension des violences subies par les personnes trans* et intersexes au prisme des droits humains : une révolution douce », *in* S. Wattier (dir.), *Les violences de genre au prisme du droit*, Bruxelles, Larcier, à paraître en 2020. Il existe en outre des inspirations issues du droit comparé comme par exemple le *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act* adopté en 2015 à Malte pour protéger l'intégrité physique des personnes intersexes (v. G. Willems, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *op. cit.*, p. 484 et les références mentionnées par l'auteur).

58. Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 sept. 2002.





libellé de l'article 12, paragraphe 2 de la loi relative aux droits du patient. Ce critère, qui se confond avec celui du discernement[59], nous semble devoir être privilégié à celui de l'âge. Il répond en effet plus adéquatement au juste équilibre entre la protection et l'autonomie dont doit pouvoir bénéficier chaque enfant et correspond mieux, selon nous, à la philosophie de la Convention relative aux droits de l'enfant et notamment à l'évolution progressive des capacités de l'enfant[60]. Il appartiendra concrètement au soignant d'apprécier l'aptitude de l'enfant en fonction des éléments propres à chaque situation[61].

Parallèlement, les règles relatives à l'identité des personnes devraient également être modifiées. La suppression de toute référence au sexe ou à l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne, hypothèse expressément envisagée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 19 juin 2019 ainsi que par certains parlementaires lors des travaux préparatoires de la loi du 25 juin 2017[62], serait, à notre estime, la solution optimale. Comme le souligne toutefois Geoffrey Willems, cette solution nécessiterait « une réflexion de grande ampleur sur de nombreux aspects du droit belge – privé et public – qui présentent une dimension "genrée" et suppose[ra] une réflexion fondamentale sur la façon dont on peut articuler la disparition du sexe comme catégorie juridique et le déploiement et l'approfondissement des politiques tendant à assurer l'égalité entre les femmes et les hommes[63] ». À court terme et dans l'attente de cette réflexion, une modification du Code civil, et en particulier de ses articles 44 et 48, devrait être rapidement opérée. Le législateur devrait ainsi envisager la possibilité de ne pouvoir cocher, à la naissance, aucune case « genrée » dans l'acte de naissance et autres documents officiels ou de cocher

59. Projet de loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie en vue de l'étendre aux mineurs, *Doc*, Ch., 2013-2014, n° 53-3245/004, p. 50 ; N. Gallus, *Bioéthique et Droit*, Limal, Anthemis, 2013, p. 209 ; T. Van Halteren, *La protection des personnes majeures vulnérables et mineures. Redéfinition du concept de capacité juridique, au regard de celui du discernement*, Kluwer, Bruxelles, 2018, p. 291.

60. C'est aussi pour cette raison que le critère du discernement et non celui de l'âge a été choisi par le législateur lorsqu'il a adopté la loi du 22 août 2002 (Projet de loi relatif aux droits du patients, Rapport, *Doc.*, Ch., 2001-2002, n° 50-1642/012, p. 95 et 96). V. aussi sur cette question les travaux du Comité des droits de l'enfant : Com. dr. enf., *Observation générale n°12. Le droit de l'enfant d'être entendu*, 2009, CRC/C/GC/12, § 84 et 85 ; Com. dr. enf., *Observation générale n°15. Le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible*, 2013, CRC/C/GC/15, § II.F. Sur la notion de discernement dans les régimes d'incapacité, voyez la thèse de doctorat de Thomas Van Halteren : T. Van Halteren, *op. cit.*

61. Même si nous approuvons le choix du législateur d'avoir retenu le critère subjectif du discernement plutôt que le critère d'âge, le risque ne peut évidemment être exclu d'une mauvaise appréciation du discernement par le soignant (v. à cet égard : N. Gallus, *op. cit.*, p. 209).

62. Rapport préc., *Doc.*, Ch., n° 54-2403/004, p. 17.

63. G. Willems, « La Cour constitutionnelle exige que les personnes dont le genre est "non binaire" ou "fluide" soient reconnues par le droit », 4 nov. 2019, http://www.justice-en-ligne.be/article1232.html. V. aussi E. Bribosia et I. Rorive, « Human rights integration in action : making equality law work for trans people in Belgium », *op. cit.*, p. 123 et 134.

une case « neutre » ou « divers[64] » afin de permettre aux enfants intersexes de choisir eux-mêmes, quand ils auront le discernement suffisant[65], le genre qui est le leur et qui pourrait s'inscrire dans une logique binaire ou non binaire, voire fluctuer avec le temps[66]. À cet égard, nous considérons que la limite d'âge de 16 ans fixée à l'article 135/1, paragraphe 10 du Code civil pour introduire une demande de modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance n'est pas adéquate et que, comme nous l'avons explicité pour les décisions relatives aux traitements médicaux, la référence au seul critère du discernement eût été préférable. Par ailleurs, l'identité de genre est une question à ce point intime qu'il devrait être exclu, en ce domaine, d'exiger l'assistance des parents ou des représentants légaux telle que prévue à l'article 135/1, paragraphe 10 du Code civil[67].

L'invisibilité des enfants intersexes en droit belge : vers un changement de paradigme? La réponse est assurément positive et relève désormais de la responsabilité du législateur. Il est temps à présent pour lui de saisir l'opportunité de lever le voile sur la situation de ces enfants dont la détresse et la vulnérabilité sont encore trop méconnues et de faire ainsi de la Belgique l'un des pays précurseurs de la reconnaissance de *chaque* enfant, de *chaque* être humain, dans ses multiples identités de genre.

64. V. comme inspiration en droit comparé la *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben* adoptée en 2018 en Allemagne comme modèle non binaire d'enregistrement à l'état civil, avec la possibilité de ne rien mentionner ou de choisir l'option « divers » (v. G. Willems, « Les personnes intersexes : à la croisée des genres », *op. cit.*, p. 488 et 489 et les références mentionnées par l'auteur).

65. De même que pour les demandes de modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil visées à l'art. 135/1 § 10 C. civ., le discernement pourrait être attesté par un pédopsychiatre. Cette attestation devrait cependant se limiter à constater si l'intéressé dispose d'une faculté de discernement suffisante pour choisir le sexe (ou le genre) qu'il souhaite faire enregistrer à l'état civil.

66. On précisera à cet égard que la Cour constitutionnelle a estimé que le caractère irrévocable de la procédure de modification de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance (Art. 135/1, § 9 C. civ.) et le fait qu'un changement de prénom, pour des raisons de transidentité, ne pouvait être demandé qu'une seule fois (Art. 370/3, § 4 C. civ.) étaient également à l'origine d'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination (C. C., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.8.1 à B.8.8).

67. La seule justification qui est mentionnée dans les travaux parlementaires est la suivante : « Étant donné les répercussions considérables que le changement de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance peut avoir pour le mineur, le législateur a introduit deux conditions supplémentaires, à savoir la déclaration d'un pédopsychiatre et l'assistance des parents ou de son représentant » (Exposé des motifs préc., *Doc.*, Ch., n° 54-2403/001, p. 10). Elle ne nous paraît pas convaincante. Le fait que le mineur puisse demander au tribunal de la famille de l'autoriser à poser l'acte assisté d'un tuteur *ad hoc* en cas de refus d'assistance de ses représentants légaux alourdit considérablement la procédure pour le mineur concerné et risque, dans les faits, de le priver de son droit à demander la modification de l'enregistrement de son sexe à l'état civil.





Un système juridique ne pouvant évoluer seul, un effort significatif de sensibilisation sur l'existence et le vécu des enfants intersexes est également à mener au sein d'une société encore profondément marquée par la dichotomie des sexes. Il s'agit désormais de faire « évoluer les normes culturelles et l'environnement des enfants intersexes au lieu de répercuter sur leurs corps des conceptions discriminatoires[68] ».

68. E. Schneider, *op. cit.*, p. 31.