

ARTICLE HORS THÈME

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

par Alizée DANDELLOT

RÉSUMÉ

Suite à l'arrêt n° 99/2019 de la Cour constitutionnelle, comment concilier la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les actions positives visant à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes ? À la lumière des débats féministes et doctrinaux entourant le genre non binaire et les actions positives, c'est à cette question que la présente contribution tente de répondre en proposant quatre pistes de conciliation :

- 1° la possibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexo-spécifiques malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre ;
- 2° l'identification des bénéficiaires d'actions positives, indépendamment d'un enregistrement du sexe/genre à l'état civil ;
- 3° la flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre ;
- 4° la création d'actions positives pour les minorités de genre.

Nous verrons donc que si le droit belge venait à être réformé de sorte à reconnaître le genre non binaire, l'existence des actions positives ne serait pas pour autant compromise. Ces quatre pistes (combinables) permettent, en effet, de conserver la possibilité d'avoir recours aux mesures d'action positive fondées sur le genre, dans un système juridique reconnaissant les personnes dont le genre échappe aux catégories binaires actuelles du droit.

ABSTRACT

In the wake of Constitutional Court ruling no. 99/2019, how can the legal recognition of non-binary gender be conciled with positive action aimed at

Annales de Droit de Louvain, vol. 87, 2024, n° 1

advancing equality between women and men? In the light of the feminist and doctrinal debates surrounding non-binary gender and positive action, this contribution attempts to answer this question by proposing four paths of conciliation:

- 1° the possibility of collecting gender statistics and sex-specific data despite the abolition of sex/gender registration;
- 2° identifying the beneficiaries of positive actions, regardless of sex/gender registration in civil status records;
- 3° making sex/gender registration more flexible;
- 4° the creation of positive actions for gender minorities.

We will therefore see that if Belgian law were to be reformed to recognise non-binary gender, the existence of positive action would not be compromised. These four (combinable) paths make it possible to retain the possibility of using gender-based positive action measures in a legal system that recognises people whose gender falls outside the current binary categories of the law.

INTRODUCTION

D'après une enquête menée par l'*EU Agency for Fundamental Rights (FRA)*, « plus de 50 % des personnes transgenres interrogées s'identifiaient en dehors du schéma binaire » en 2022 ¹. Cette même année, les identités de genre non binaires n'étaient, toutefois, reconnues que par trois pays européens ². Or, beaucoup de personnes transgenres considèrent que la reconnaissance juridique de leur genre est essentielle « pour participer pleinement à la société et vivre dans la dignité, à l'abri de toute discrimination » ³.

Pourtant « pionnière sur le plan des droits des personnes LGBTQIA+ ⁴ » ⁵, la Belgique n'offre pour le moment aucune reconnaissance juridique aux

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

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

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

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

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

personnes dont le genre échappe aux catégories binaires « homme » et « femme ». Une réforme est cependant en cours de réflexion suite à l'arrêt « historique »⁶ de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019⁷, lequel exige la prise en compte des personnes de genre fluide et des identités de genre non binaires⁸. Alors que la première étape de modifications législatives concernant le genre fluide a déjà fait l'objet d'un projet de loi⁹ adopté par la Chambre le 6 juillet 2023¹⁰, la situation des personnes non binaires sera réglée dans une seconde étape, actuellement en cours d'élaboration. C'est précisément dans le cadre des réflexions précédant cette seconde phase de réforme que s'inscrit la présente contribution.

La reconnaissance du genre non binaire suscite, en effet, une série d'interrogations et de controverses, parmi lesquelles le devenir des actions positives se fondant sur une catégorisation binaire du sexe/genre¹¹. Suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle sommant le législateur de remédier à la discrimination constatée, comment concilier la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les actions positives visant à faire progresser l'égalité entre les femmes et les hommes ? C'est à cette question que nous tentons de répondre en proposant quatre pistes de conciliation.

Vu le caractère clivant tant de la reconnaissance du genre non binaire que des actions positives, nous commencerons par étudier successivement l'un et l'autre versant de notre interrogation en les situant dans le paysage juridique belge et en identifiant les positions multiples et controversées que la doctrine et les féministes adoptent à leur égard. Dans un troisième temps, nous formulerons quatre hypothèses permettant de concilier ces deux problématiques en droit belge.

D'un point de vue terminologique et compte tenu de l'importance des termes utilisés pour les personnes concernées, ceux-ci ont été choisis en se fondant sur le lexique de l'ASBL Genres pluriels œuvrant à l'amélioration des droits des

⁶ G. WILLEMS, « Le droit de la personne entre nostalgie napoléonienne et vertige postmoderne : nature, culture et autodétermination », in N. DANDY et al. (dir.), *Individu, Famille et État : Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 304.

⁷ C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019.

⁸ G. WILLEMS, « Le droit de la personne... », *op. cit.*, p. 304.

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

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

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

personnes transgenres/aux genres fluides et intersexes. Ainsi, le sexe renvoie aux « caractéristiques biologiques permettant de “ranger” les humains dans les cases “mâle”, “femelle” ou “intersexué e” », tandis que le genre est un « construit socioculturel et non pas une donnée naturelle »¹².

Dans cette perspective, les personnes non binaires refusent « les rôles associés à l'un ou l'autre genre binaire »¹³, en ne s'identifiant ni hommes, ni femmes, mais entre les deux, un mélange des deux ou aucun des deux¹⁴. Elles estiment que le genre « est un spectrum qui ne peut se réduire à une norme binaire » et utilisent de nombreux termes différents pour désigner leur identité de genre non binaire, les plus courants étant non binaire (63 %), genderqueer (43 %), trans/transgenre (37 %), genderfluid (31 %) et aggenre (28 %) ¹⁵. Le genre non binaire recouvre ainsi une diversité d'identités de genre¹⁶. Par conséquent, le présent travail mobilisera l'expression « non binaire » en tant que termes coupoles regroupant toutes les identités de genre qui diffèrent des notions de femmes et d'hommes d'une manière ou d'une autre¹⁷.

La notion de « transgenre » est un « terme parapluie » désignant une personne « dont l'identité de genre et/ou l'expression de genre diffère de celle habituellement associée au genre qui lui a été assigné à la naissance ». Par opposition, le mot « cisgenre » renvoie aux personnes dont l'identité de genre « est relativement en adéquation avec le rôle social attendu en fonction du genre assigné à la naissance »¹⁸. Le genre non binaire est souvent considéré comme se trouvant parmi la pluralité d'identités de genre incluses sous le terme « transgenre », cependant, « toutes les personnes non binaires ne s'identifient pas comme personnes transgenres, et beaucoup de personnes transgenres s'identifient en tant qu'hommes ou femmes »¹⁹.

¹² GENRES PLURIELS, *Lexique*, 26 mars 2019, www.genrespluriels.be (date de dernière consultation : 12 octobre 2022). Le genre est par ailleurs défini à l'article 3, c, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul) comme désignant « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes ».

¹³ GENRES PLURIELS, *Glossaire*, 21 novembre 2008, www.genrespluriels.be (date de dernière consultation : 12 octobre 2022).

¹⁴ C. RICHARDS, W. P. BOUMAN, L. SEAL, M. J. BARKER, T. O. NIEDER et G. T'SJOEN, « Non-binary or genderqueer genders », *International Review of Psychiatry*, vol. 28.1, 2016, p. 95.

¹⁵ ILGA-EUROPE, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, septembre 2018, www.ilga-europe.org/ (date de dernière consultation : 16 juin 2023), p. 4.

¹⁶ J. A. CLARKE, « They, Them and Theirs », *Harv. L. Rev.*, 2018, p. 905.

¹⁷ ILGA-EUROPE, *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ GENRES PLURIELS, *Glossaire*, *op. cit.*

¹⁹ Traduction libre de J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 898.

I. AU-DELÀ DU M/F : LA (NON-)BINARITÉ DU DROIT BELGE AU CŒUR DES CONTROVERSES

En Belgique, le droit a évolué depuis l'adoption de la première loi belge sur la transsexualité en 2007²⁰. Suite aux critiques qui lui ont été adressées concernant ses conditions médicales de réassignation et de stérilité considérées contraires aux droits fondamentaux des personnes transgenres²¹, une réforme a été adoptée en 2017. Ainsi, en adoptant la loi du 25 juin 2017²², la Belgique s'est non seulement conformée à ses obligations internationales²³ mais a également changé de paradigme en laissant tomber la notion de « transsexualité » (renvoyant au « sexe ») pour dorénavant utiliser « personnes transgenres » (renvoyant au « genre »)²⁴. Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, la chirurgie, la stérilisation irréversible et le jugement d'un ou d'une psychiatre ne sont plus nécessaires pour modifier le M ou le F dans l'acte de naissance²⁵.

Cette nouvelle législation a eu une grande incidence sur le nombre de changements de la mention officielle du sexe. En effet, alors qu'ils et elles étaient 110 Belges à faire adapter la mention officielle de leur sexe en 2017, la Belgique a connu un pic considérable en 2018 avec 741 changements enregistrés. Ce nombre semble depuis lors se stabiliser à un niveau significativement plus élevé qu'avant l'entrée en vigueur de la réforme, comptant 530 changements enregistrés en 2021²⁶. L'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes estime par ailleurs que « la Belgique compte environ 55.000 personnes transgenres »²⁷.

Un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle a cependant été introduit par trois associations représentatives des personnes transgenres à l'encontre de la loi du 25 juin 2017. En effet, malgré avoir fait un pas vers le droit à l'autodétermination des personnes transgenres, le législateur n'a toutefois pas

²⁰ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007, p. 37823.

²¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour constitutionnelle/faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », obs. sous C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019, *Rev. trim. dr. h.*, 2020, n° 124, p. 898.

²² Loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, p. 71465.

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, www.echr.coe.int (8 août 2023).

²⁴ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 899.

²⁵ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *Personnes transgenres ayant fait une demande de changement de la mention officielle de leur sexe en Belgique*, 2022, <https://igvm-iefh.belgium.be/fr> (date de dernière consultation : 16 juin 2023), p. 1.

²⁶ *Ibid.*, p. 4.

²⁷ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *530 Personnes ont adapté officiellement leur identité de genre en 2021*, 16 mai 2022, <https://igvm-iefh.belgium.be/fr> (date de dernière consultation : 16 juin 2023).

offre de solution aux personnes non binaires dont le genre échappe aux catégories « homme » ou « femme »²⁸. Le 19 juin 2019, la Cour constitutionnelle a finalement rendu un arrêt « particulièrement remarqué »²⁹ annulant partiellement la loi du 25 juin 2017. Par cet arrêt, le juge constitutionnel a jugé discriminatoire la différence de traitement entre d'une part, les personnes transgenres dont le genre est binaire et pouvant voir leur identité reconnue par le droit et d'autre part, les personnes dont le genre échappe aux catégories masculine et féminine et ne bénéficiant pas d'une telle reconnaissance juridique³⁰. Deux solutions ont été soufflées au législateur afin de remédier à la discrimination constatée. Sans exclure d'autres possibilités, la Cour constitutionnelle propose, en effet, de créer une ou plusieurs catégories supplémentaires permettant de tenir compte, pour toutes les personnes, du sexe et de l'identité de genre d'une part, ou de supprimer l'enregistrement du sexe ou de l'identité de genre comme élément de l'état civil d'une personne d'autre part³¹.

Alors que certains voient dans la décision de la Cour « la consécration des droits humains des personnes transgenres », elle constitue pour d'autres « une déconstruction si radicale du “réel” par la Loi » qu'elle leur est « incompréhensible, dès lors que le sexe de l'être humain ne relève pas et ne peut pas relever de son “autodétermination” »³². Parmi les partisans de cette seconde position, Jean-Louis Renchon s'oppose à la suppression de l'enregistrement civil du sexe ou du genre. Il considère, en effet, que serait ainsi introduite une différence de traitement injustifiée entre d'une part, « la grande majorité de celles et ceux dont l'identité sexuée est binaire » et qui « ne pourraient plus obtenir l'enregistrement de leur sexe dans leur acte de naissance en conformité avec leur identité de genre » et d'autre part, une petite minorité de personnes dont l'identité de genre serait non binaire et qui « bénéficieraient d'une identité juridique qui, conformément à leur identité de genre, ne ferait pas état de leur sexe féminin ou masculin »³³.

Une autre partie de la doctrine estime, au contraire, que l'enregistrement obligatoire du sexe ou du genre « non seulement légalise, légitime et impose à ses sujets le système culturel hétérosexuel du genre (c'est-à-dire la croyance oppressive et fausse en la naturalité, la stabilité et la binarité du sexe/genre) », mais une telle

²⁸ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 900.

²⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, « Rapport au sujet de l'arrêt n° 099-2019 de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019 annulant partiellement la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, et de ses conséquences en droit belge à la lumière du droit comparé », <https://igvm-iefh.belgium.be/fr> (date de dernière consultation : 16 juin 2023), p. 2.

³⁰ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, pp. 901 et 905.

³¹ C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.7.3.

³² J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe détricoté par la Cour constitutionnelle », *R.T.D.F.*, 2019/4, p. 745.

³³ *Ibid.*, p. 740.

norme certifiée également et « se rend complice de la violence genrée découlant d'un tel système, ce qui affecte consciemment ou inconsciemment tous les corps »³⁴. Pieter Cannoot et Ariël Decoster écrivent, en outre, que l'enregistrement du sexe/genre constitue une ingérence dans le droit à l'autonomie de genre en tant que norme émergente des droits de l'homme et qu'il ne passerait pas le test de proportionnalité traditionnellement opéré par les institutions de droits humains³⁵. Bien que les auteurs favorables à la suppression du sexe à l'état civil prennent la mesure des changements que cela impliquerait dans notre ordre juridique, ils ne semblent toutefois pas envisager ces défis sociétaux comme insurmontables³⁶. Différentes solutions ont été proposées afin de conserver les mécanismes juridiques nécessitant l'identification du sexe ou du genre de la personne tels que les mesures d'action positive (*infra*, III, B).

La controverse est également vive parmi les féministes. De manière générale, la relation entre le féminisme et la transidentité a connu une histoire complexe opposant différents courants³⁷. Nous pensons notamment aux positions radicales défendues par les TERF (*Trans-Exclusionary Radical Feminists*), lesquelles excluent les personnes transgenres du féminisme, estimant que les caractéristiques femelles sont déterminées à la naissance et que le genre est une expression du sexe biologique³⁸. Les partisans de cette perspective avancent que les personnes transgenres renforcent en réalité la binarité de genre et sont « complices du patriarcat »³⁹. En revanche, les féministes constructionnistes postmodernes telles que Judith Butler considèrent le genre et le sexe comme des constructions sociales et performatives⁴⁰, qu'il convient de questionner⁴¹.

Plus particulièrement et au-delà de la relation complexe et clivée entre le féminisme et la transidentité, le genre non binaire multiplie les débats parmi les féministes puisque, mettant en cause tout système de ségrégation sexuelle, il se voit opposer des arguments non seulement formulés par des personnes cisgenres mais également par certaines personnes transgenres. Une telle mise

³⁴ Traduction libre de P. CANNOOT et A. DECOSTER, « The Abolition of Sex/Gender Registration in the Age of Gender Self-Determination: An Interdisciplinary, Queer, Feminist and Human Rights Analysis », *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, 2020, p. 46.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 55.

³⁷ S. HINES, « The feminist frontier: on trans and feminism », *Journal of Gender Studies*, 2019, vol. 28, n° 2, p. 146.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ G. ALBESSARD, « “De l'état civil à la norme de genre” ou “De la norme de genre à l'état civil” ? Réflexions politologiques sur le projet de loi français sur le changement de sexe », *R.F.D.L.*, 2016/3, p. 620.

⁴⁰ Traduction libre de P. CANNOOT, *The right to personal autonomy regarding sex (characteristics), gender (identity and/or expression) and sexual orientation: towards an inclusive legal system*, thèse de doctorat, Université de Gand, 2019, pp. 50 et 510.

⁴¹ G. ALBESSARD, *op. cit.*, p. 620.

en cause de la binarité de genre est parfois jugée théorique, utopique voire impossible, et considérée comme une menace pour certains projets féministes et LGBTQIA+⁴².

En effet, l'hypothèse de la suppression de l'enregistrement obligatoire de l'identité de genre mentionnée par la Cour constitutionnelle, par exemple, pourrait impliquer de dégenrer le système juridique⁴³. Or, certaines féministes postulent que dégenrer le droit de la sorte mettrait en danger la lutte contre les inégalités sociales, politiques et économiques basées sur le genre⁴⁴. D'après les partisans de cette thèse, bien que les catégories sexuelles légales aient été utilisées pour faire respecter des normes patriarcales⁴⁵, elles constituent toutefois un outil précieux afin de remédier aux inégalités persistantes entre les hommes et les femmes⁴⁶. Nous pensons particulièrement aux mesures d'actions positives, lesquelles peuvent être instaurées grâce à l'enregistrement du sexe à l'état civil. Un autre argument avancé par les autrices de cette critique est celui tiré du constat que dégenrer le droit ne va pas effacer la réalité sociétale des discriminations basées sur le genre ; « un système juridique aveugle au genre ne garantit pas une société aveugle au genre »⁴⁷. Dans cette perspective existe la crainte d'obtenir en réalité un système qui n'est pas capable, car moins bien équipé, de remédier aux discriminations fondées sur le genre⁴⁸.

Une autre approche féministe postule cependant en faveur d'une sortie de la binarité de genre. D'après D. Otto, « bien que la crainte féministe de perdre les espaces conçus pour traiter les violations des droits des femmes n'est pas infondée, ces espaces peuvent être mieux protégés en abandonnant la vision du pouvoir genré comme étant toujours dualiste (m/f) et organisé uniquement de manière hiérarchique en faveur des hommes (m>f) »⁴⁹. Une dégenrification du système permettrait de remettre en cause la légitimité des injustices subies par les femmes dans nos sociétés dominées par les hommes et de s'attaquer aux stéréotypes qui sont les causes profondes du statut inférieur des femmes dans la société⁵⁰. Nous pourrions identifier dans cette approche une volonté de converger la lutte pour les droits des femmes et la lutte pour les droits des personnes non binaires, avec pour visée commune de combattre le

⁴² J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 901.

⁴³ P. CANNOOT, *The right to personal autonomy, op. cit.*, p. 509.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Traduction libre de P. DUNNE, et J. MULDER, « Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany? », *German Law Journal*, 2018, vol. 19, n° 3, p. 646.

⁴⁶ Traduction libre de P. CANNOOT, *The right to personal autonomy, op. cit.*, p. 509.

⁴⁷ Traduction libre de P. DUNNE et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Traduction libre de D. OTTO, « Queering Gender (Identity) in International Law », *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, vol. 33, n° 4, p. 33.

⁵⁰ P. CANNOOT, *The right to personal autonomy, op. cit.*, p. 513.

cadre patriarcal à travers lequel les femmes mais également les minorités de genre⁵¹ ont été opprimées et contrôlées⁵².

Un autre élément tentant de répondre à la critique de la binarité de genre est celui avancé par J. Lorber, selon lequel « la diminution du genre en tant que principe organisateur des institutions et de la vie quotidienne ne transformerait pas les femmes en hommes, pas plus qu'elle ne transformerait les hommes en femmes. Elle procéderait plutôt à la dégenrisation des meilleures — et des pires — qualités des individus »⁵³. En d'autres termes, la reconnaissance du genre non binaire n'empêcherait ni les femmes, ni les hommes de se sentir féminins ou masculins, tout comme elle ne contraindrait point les femmes à se soumettre au patriarcat⁵⁴.

Dans la même veine, il est affirmé que dégenrer le droit ne signifierait pas la fin des actions positives visant l'égalité des genres⁵⁵. Bien que de telles mesures nécessitent l'identification du sexe ou du genre de ses bénéficiaires, il existe d'autres façons d'y procéder que par « le certificat de naissance ou les documents d'identité »⁵⁶ (*infra*, III, B). En outre, plusieurs auteurs ont procédé par analogie en observant que la race, la religion et l'ethnie sont autant d'éléments que le droit peut prendre en compte en matière de lutte contre les discriminations, même s'ils ne sont pas mentionnés à l'état civil⁵⁷.

Entre ces deux points de vue opposés quant à la reconnaissance légale du genre non binaire, et plus précisément à propos de la suppression du sexe juridique, se trouvent des positions plus nuancées. Certains auteurs postulent en effet qu'au lieu de procéder à une suppression radicale de l'enregistrement du sexe à l'état civil, il convient d'adopter une solution plus proportionnée telle que la prise en compte du sexe juridique uniquement dans les domaines où cela demeure pertinent et, *a contrario*, la mise en question de son usage quand cela ne s'avère pas pertinent⁵⁸. D'autres, à défaut de suppression du sexe juridique, proposent une suppression de la mention du sexe juridique sur les documents

⁵¹ L'expression « minorités de genre » vise les « individus dont l'identité de genre [...] ou l'expression de genre [...] diffère de leur sexe [...] assigné à la naissance. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Terminology*, 23 décembre 2022, www.cdc.gov/ (date de dernière consultation : 5 août 2023).

⁵² M. A. GILBERT, « Defeating Bigenderism: Changing Gender Assumptions in the Twenty-First Century », *Hypatia*, 2009, vol. 24, n° 3, p. 94.

⁵³ J. LORBER, « Using Gender to Undo Gender/A Feminist Degendering Movement », *Feminist theory*, 2000, p. 90.

⁵⁴ P. CANNOT, *The right to personal autonomy*, *op. cit.*, pp. 513-514.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ P. HUART, *L'impact du sexe défini juridiquement pour les personnes transgenres. Regard croisé sur la question du transgendérisme en droit belge, anglais et européen*, Mémoire de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018, p. 60.

⁵⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 41 ; P. GUEZ, « Faut-il supprimer la mention du sexe de la personne à l'état civil ? », *Rev. dr. h.*, 2015, n° 8, pp. 4 et 5.

⁵⁸ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

d'identité⁵⁹. Enfin, d'après Geoffrey Willems, il conviendrait de « maintenir le principe d'un enregistrement du sexe et/ou du genre » mais en le flexibilisant⁶⁰, c'est-à-dire en prévoyant certaines modalités telles que la possibilité pour une personne de s'inscrire dans les registres en tant que « non binaire » et celle de demander à ce que la mention de son sexe soit omise⁶¹. De cette manière, les conséquences préjudiciables d'un système d'enregistrement de l'identité sexuelle seraient limitées, tout en conservant cependant les avantages qu'il continue à procurer⁶².

II. LES ACTIONS POSITIVES VISANT À GARANTIR L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES : UN ÉTERNEL DÉBAT RENOUVÉ À L'AUNE DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU GENRE NON BINAIRE

Si les actions positives bénéficient d'un « ancrage constitutionnel explicite »⁶³ en Belgique, elles demeurent toutefois fort controversées et questionnées parmi les féministes.

Les féministes de la symétrie désapprouvent les actions positives et postulent en faveur d'une formulation et d'une application neutres du droit « sur le plan des différences sexuelles »⁶⁴ car les hommes et les femmes sont considérés comme se trouvant dans des situations analogues et devant, par conséquent, bénéficier de traitements analogues⁶⁵. Selon cette théorie, l'égalité doit se traduire en une formulation universaliste des règles de droit⁶⁶. Le féminisme de la symétrie est toutefois critiqué en ce qu'il ignore la réalité et ne tient pas (suffisamment) compte des iniquités sociales historiques et préexistantes sous prétexte qu'il s'agirait d'un traitement de faveur injustifié, alors que « les hommes en bénéficient eux-mêmes dans les faits depuis toujours »⁶⁷.

En revanche, les féministes de la différence favorisent « l'élaboration de droits particuliers afin de rencontrer les besoins des femmes »⁶⁸. Dans cette perspective,

⁵⁹ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ G. WILLEMS, « Le droit de la personne... », *op. cit.*, p. 310.

⁶¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 919.

⁶² *Ibid.*, p. 920.

⁶³ En ce qui concerne les mandats électifs et publics. Const., art. 11bis ; I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, « L'action positive en droit belge. État des lieux, limites et perspectives sur le marché de l'emploi », in J. RINGELHEIM *et al.* (dir.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 349.

⁶⁴ M.-C. BELLEAU, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, n° 1, p. 5.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ D. LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », in P. NOREAU et L. ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Paris, Les Éditions Thémis, 2008, p. 679.

⁶⁷ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 6 et 7.

les programmes d'action positive sont encouragés car ils permettent de « parvenir à l'égalité d'opportunité et à l'égalité dans les effets »⁶⁹. Il est cependant reproché aux féministes de la différence d'être essentialistes en ce que la catégorie « femme » est associée à certaines caractéristiques (voire certains stéréotypes), considérées comme inhérentes à la nature du sexe féminin (maternel, émotif...) ⁷⁰. Les vécus des femmes sont ainsi généralisés en se fondant sur le profil de la « femme hétérosexuelle, bourgeoise et blanche »⁷¹, excluant, par conséquent, toutes celles qui ne rentrent pas dans cette catégorie. De telles critiques pourraient également être reprochées aux actions positives, lesquelles constitueraient un « traitement favorable aux femmes » et un prétexte pour les traiter de manière moins avantageuse que les hommes⁷². En effet, les mesures d'action positive renforceraient en réalité le stéréotype de faiblesse et le rôle de domestique, traditionnellement attribués aux femmes⁷³.

Contrairement aux féminismes de la symétrie et de la différence qui envisagent tous deux une communauté bisexuelle⁷⁴ composée de deux groupes homogènes, le féminisme post-moderne tient compte de la multiplicité des vécus féminins de telle sorte que la « catégorie “femme” disparaît »⁷⁵. Les actions positives peuvent, dès lors, sembler difficiles à envisager dans cette théorie féministe qui fait tomber les catégories et se méfie des généralités. Cependant, une approche qui pourrait concilier les actions positives avec le féminisme post-moderne serait celle de l'auto-identification des bénéficiaires de ces mesures⁷⁶. En effet, si les bénéficiaires d'une telle mesure sont désignées par la loi comme étant les « femmes », il pourrait être envisagé qu'une personne — puisqu'elle ne serait pas placée dans une catégorie en vertu du féminisme post-moderne — prétende elle-même être un membre du groupe bénéficiaire (et cette affirmation serait acceptée par ce programme)⁷⁷ (*infra*, III, B).

Bien qu'y étant encouragée, la Belgique n'est en soi pas obligée d'adopter des mesures d'action positive, ni par le droit du Conseil de l'Europe⁷⁸, ni par le droit

⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 5 et 6.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁷ C. MCCRUDDEN, *Gender-based positive action in employment in Europe. A comparative analysis of legal and policy approaches in the EU and EEA*, Bruxelles, 2019, <https://european-union.europa.eu/> (date de dernière consultation : 8 août 2023), p. 114.

⁷⁸ P.-J. PARARAS, « La réticence européenne au regard des discriminations positives », in *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 460.

de l'Union européenne⁷⁹. Dans le cadre de la Convention CEDAW, elle pourrait cependant y être contrainte dans certaines circonstances⁸⁰.

Or, il s'avère que le cadre législatif belge admet l'instauration de ces mesures⁸¹, voire l'impose dans certains cas⁸². La législation en vigueur ignore toutefois doublement la situation des personnes non binaires. Premièrement, les dispositions prévoyant l'instauration d'actions positives se réfèrent à l'appartenance *sexuelle* de leurs bénéficiaires⁸³, à l'exception de l'article 67, § 3 de la Constitution qui se base sur le genre. Cette référence au genre est assez curieuse étant donné qu'en « l'état actuel du droit belge, aucune information ne figure sur la carte d'identité ou sur quelque document officiel que ce soit concernant le genre de la personne »⁸⁴. Entre confusion terminologique ou anticipation « d'une réalité juridique future »⁸⁵, il est permis de douter quant à l'interprétation qui doit être donnée à l'article 63, § 3. En tout état de cause, la reconnaissance des personnes non binaires impliquerait de ne plus faire référence au sexe des personnes car, renvoyant aux caractéristiques biologiques, cette référence exclut nécessairement les personnes dont l'identité de genre vécue intimement ne correspond ni à leur propre sexe, ni à l'unique autre sexe reconnu en droit belge. Il conviendrait donc de se référer au « genre » ou à « l'identité de genre », puisque ce qui est pertinent dans le cadre de l'identification de bénéficiaires de mesures d'action positive est la manière dont les personnes s'identifient et perçoivent leur rôle social⁸⁶ et non pas leur sexe enregistré par l'État et défini selon des paramètres scientifiques (chromosomique, gonadique, hormonal, génital...) ⁸⁷.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 459 ; C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁰ Recommandation générale n° 25 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, 2004, www.ohchr.org, § 24 ; I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 329.

⁸¹ Const., art. 10 et 11 ; Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.

⁸² Const., art. 11bis ; Loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, *M.B.*, 25 mars 1989, p. 5321, art. 21bis ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis ; Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980, p. 9434, art. 28 ; Loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises, *M.B.*, 14 janvier 1989, p. 667, art. 16bis.

⁸³ E. CROSSET DECHANY, « Égalité et genre en politique. L'avenir incertain des actions positives en matière électorale », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n° 135, p. 739.

⁸⁴ S. WATTIER, « Le genre et le sexe des sénateurs depuis la Sixième Réforme de l'État », *C.D.P.K.*, n° 3, 2017, p. 396.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 397.

⁸⁶ N. GALLUS, « L'enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre », *Rev. trim. dr. h.*, 2023, n° 133, p. 258.

⁸⁷ T'SJOEN *et al.*, « Hervorming van de geslachtsregistratie: suggesties UGent en UZ Gent », *T. Fam.*, n° 9, 2021, p. 266.

Deuxièmement, ces dispositions « reposent sur une construction *binaire* »⁸⁸ et envisagent une communauté bisexuée composée d'hommes et de femmes, imposant notamment la « parité des sexes »⁸⁹, « la présence d'un candidat de chaque sexe aux deux premières places de la liste »⁹⁰, la « représentation des deux genres au sein du Sénat »⁹¹...

Pourtant, une mise en œuvre inclusive des actions positives semble possible à la lecture du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 11 février 2019, lequel les définit comme des « mesures visant un groupe “défavorisé”, dont les membres sont porteurs d'un critère protégé bien défini et qui ont pour objectif de réduire, d'éliminer ou de compenser les désavantages subis par le groupe et en lien avec le critère protégé, de sorte que ce groupe puisse participer pleinement au processus de travail »⁹².

Suivant cette définition, l'action positive pourrait se baser sur un autre critère que celui du sexe (par exemple sur l'identité de genre). En outre, le fait de se référer à un groupe désavantagé en lien avec un critère protégé permet une méthode d'identification plus neutre⁹³ ouvrant le champ des possibles ; tout en gardant la possibilité de viser en particulier les personnes de genre féminin, l'on peut également viser un autre groupe victime de désavantages en lien avec un critère protégé, tel que des personnes dont le genre est non binaire (*infra*, III, D).

III. L'ARTICULATION DE LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DU GENRE NON BINAIRE ET DES ACTIONS POSITIVES VISANT À GARANTIR L'ÉGALITÉ ENTRE LES HOMMES ET LES FEMMES : DIFFÉRENTES PISTES DE CONCILIATION

Si le législateur décide de réformer le système d'enregistrement civil du sexe, cela engagerait une « réflexion de grande ampleur sur de nombreux aspects du droit belge [...] qui présentent une dimension genrée »⁹⁴. Il lui faudra résoudre

⁸⁸ Nous soulignons. M. VERDUSSEN, « La place du genre dans la Constitution belge », in *Individu, Famille et État : Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁹ E. CROSSET DECHANY, *op. cit.*, p. 727 ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis.

⁹⁰ I. HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 349 ; Code électoral, 12 avril 1894, *M.B.*, 15 avril 1894, p. 1121, art. 117bis, al. 2.

⁹¹ S. WATTIER, *op. cit.*, p. 393 ; Const., art. 67, § 3.

⁹² Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1^{er} mars 2019, p. 21169.

⁹³ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁴ G. WILLEMS, « La Cour constitutionnelle exige que les personnes dont le genre est “non-binaire” ou “fluide” soient reconnues par le droit », 4 novembre 2019, www.justice-en-ligne.be/ (date de dernière consultation : 13 octobre 2022), § 8.

différentes questions juridiques, notamment comment envisager les mesures d'actions positives visant à garantir l'égalité entre les hommes et les femmes. En effet, ces dispositifs d'actions positives fonctionnent sur la base d'une catégorisation par le genre/sexe⁹⁵, qu'il s'agirait précisément d'abandonner ou d'ouvrir à de nouvelles catégories.

Suite à nos recherches, nous proposons quatre hypothèses permettant de concilier la reconnaissance juridique du genre non binaire avec les mesures d'action positive poursuivant l'égalité des genres. Premièrement, nous avançons que la collecte de statistiques de genre et de données sexo-spécifiques demeure possible malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre (A). Deuxièmement, que nous conservions l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil ou non, les bénéficiaires d'actions positives sont identifiables par d'autres moyens que nous exposons ci-après (B). Troisièmement, s'il était décidé de conserver un enregistrement du sexe/genre en le flexibilisant, cela permettrait la reconnaissance des personnes non binaires tout en conservant un système de catégorisation d'identités de genre sur lequel se fonderait la mise en œuvre d'actions positives (bien qu'un tel système ne soit pas indispensable pour ce faire) (C). Quatrièmement, dans l'hypothèse d'une flexibilisation, comme dans l'hypothèse d'une suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, de nouveaux horizons plus inclusifs seraient envisageables pour les actions positives, notamment avec la création de telles mesures pour les minorités de genre (D).

A. La possibilité de collecter des statistiques de genre et des données sexo-spécifiques malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre

D'une part, l'abandon de l'enregistrement du sexe/genre est encouragé par le droit international⁹⁶ et donnerait effet au droit à la reconnaissance effective de l'identité de genre des personnes non binaires⁹⁷, lequel a également été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸. D'autre part,

⁹⁵ M. PETERS, « La loi de 2017 et le principe d'autodétermination de l'individu », note sous C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019, *R.G.D.C.*, 2020, liv. 6, p. 363.

⁹⁶ Principes de Jogjakarta + 10, Principes additionnels et obligations additionnelles des États au sujet de l'application du droit international des droits humains en matière d'orientation sexuelle, d'identité de genre, d'expression de genre et de caractéristiques sexuelles pour compléter les Principes de Jogjakarta, signés le 10 novembre 2017 à Genève, <http://yogyakartaprinciples.org/principles-en/yp10/>, principe 31, A.

⁹⁷ Rapport UN/Doc A/73/152 de l'Expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (Victor Madrigal-Borloz), *Protection contre la violence et la discrimination fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 12 juillet 2018, § 20.

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, www.echr.coe.int (24 juillet 2023).

la récolte de statistiques de genre est non seulement essentielle pour le recours aux mesures d'action positive, mais est également imposée à la Belgique par des obligations internationales ⁹⁹.

Contrairement à certaines craintes susmentionnées, ces deux exigences ne sont pas incompatibles : si le législateur belge venait à supprimer l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, il ne serait pas pour autant impossible d'établir des statistiques de genre ¹⁰⁰. En effet, des statistiques peuvent être récoltées sur la base d'autres critères de discrimination tels que la race ou l'origine ethnique, alors même que ces données ne font pas l'objet d'un enregistrement à l'état civil, ni ne sont mentionnées sur les documents d'identité ¹⁰¹.

Un rapport sur la récolte de données relatives aux personnes LGBTQIA+ observe par exemple que dans les pays de l'Union européenne, la majorité de ces données sont recueillies à l'aide d'enquêtes et d'interviews basées sur l'auto-identification des participants sur le plan de l'identité de genre ¹⁰². Ces questionnaires doivent veiller à tenir compte de la diversité d'identités de genre et des termes utilisés pour s'y référer ¹⁰³. Il est d'ailleurs constaté que de plus en plus d'enquêtes demandent le sexe d'une personne à l'aide d'une question à choix multiple ; « homme », « femme » et « autre : ... », cette dernière option ouverte permettant aux personnes qui le souhaitent de s'auto-identifier ¹⁰⁴.

Tel que mentionné *supra* certaines féministes reprochent à la dégenrification du droit de dépourvoir le système des outils nécessaires (les catégories sexuelles) à la lutte contre les inégalités fondées sur le genre. Nous pensons cependant que malgré la suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, le droit peut rester apte à lutter contre les discriminations dont les femmes sont victimes, notamment car il sera toujours possible de collecter des données basées sur le sexe/genre et d'identifier les femmes d'une autre manière que via la mention « F » inscrite à l'état civil ¹⁰⁵. L'auto-identification est une méthode qui pourrait

⁹⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 30 ; Recommandation générale n° 28 du Comité sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010, www.ohchr.org ; Loi du 12 janvier 2007 visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales, *M.B.*, 13 février 2007, p. 7027.

¹⁰⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰² M. BELL, *Data collection in relation to LGBTI People*, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation : 8 août 2023), p. 16.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 18.

¹⁰⁴ M. BELL, *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union*, Bruxelles, 2017, <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/112035> (date de dernière consultation : 8 août 2023), p. 14.

¹⁰⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 41.

tout autant servir cet objectif de collecte d'informations statistiques et qui serait plus respectueuse du droit à l'autodétermination ¹⁰⁶.

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

D'après Pieter Cannoot et Ariël Decoster, il existe de nombreuses options à la disposition des États afin de continuer à lutter contre la discrimination fondée sur le genre, sans pour autant contraindre les individus à s'identifier et être enregistrés conformément au système binaire ancré dans notre culture ¹⁰⁷. Dans la même veine, Davina Cooper et Flora Renz postulent qu'une réforme du système actuel pour que le genre cesse d'être certifié par l'État ne signifie pas que ce dernier abandonne nécessairement toute reconnaissance du genre en tant que relation d'inégalité ¹⁰⁸. En effet, la reconnaissance du genre non binaire ne rendrait pas inapplicables les lois qui exigeraient, par exemple, qu'une assemblée ou un conseil d'administration comprenne une ou plusieurs femmes qui s'identifient comme telles ¹⁰⁹.

En pratique, que le législateur belge décide de supprimer l'enregistrement du sexe/genre ou non, il existe différentes manières d'identifier les bénéficiaires d'actions positives. Par exemple, lorsqu'une mesure d'action positive désigne « les femmes » comme bénéficiaires de cette mesure, il peut être recouru à une méthode objective ou une méthode subjective afin d'identifier une personne comme étant une femme ¹¹⁰. L'appartenance au groupe de bénéficiaires peut, en effet, être objectivement déterminée soit par le sexe attribué à la naissance et enregistré à l'état civil et sur les documents d'identité, soit par un autre organisme ou une autre personne que la personne elle-même, tel que l'employeur ¹¹¹. Mais une autre approche subjective, adoptée par Malte et les Pays-Bas, est également possible, par laquelle une personne revendique elle-même être membre du groupe de bénéficiaires de la mesure positive ¹¹².

Cette méthode subjective semble en accord avec la perspective du féminisme post-moderne en ce qu'elle permet de tenir compte du vécu de chaque personne et « bouscule les catégories classiques de la pensée juridique » ¹¹³. En effet, les individus ne seraient pas classés en catégories bénéficiant ou ne bénéficiant pas

¹⁰⁶ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, « Legal Gender Beyond the Binary », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2019, vol. 33, n° 3, p. 421 ; P. CANNOOT et A. DECOSTER, *op. cit.*, p. 47.

¹⁰⁷ P. CANNOOT et A. DECOSTER, *op. cit.*

¹⁰⁸ D. COOPER et F. RENZ, « If the State Decertified Gender, What Might Happen to its Meaning and Value? », *Journal of Law and Society*, décembre 2016, vol. 43, n° 4, p. 488.

¹⁰⁹ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 953.

¹¹⁰ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 114.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ E. CROSSET DECHANY, *op. cit.* p. 746 ; M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 20.

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

L'auto-identification est également soutenue par d'autres auteurs ¹¹⁴. Ceux-ci soutiennent, d'une part, que cette méthode est commandée par le respect du droit à l'autodétermination concernant l'identité de genre ¹¹⁵, découlant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ¹¹⁶. D'autre part, ils estiment que ce qui est pertinent dans l'attribution d'actions positives n'est pas le genre tel qu'il est légalement enregistré, mais bien la façon dont les personnes s'identifient comme appartenant au groupe visé, par exemple au groupe « femmes » ¹¹⁷.

La critique qui est toutefois adressée à l'auto-identification est celle de la « vulnérabilité à la fraude », c'est-à-dire la possibilité qu'une personne change d'identité de genre dans le but d'obtenir certains avantages ¹¹⁸. Il est à noter, néanmoins, que la procédure actuellement en vigueur de changement de genre à l'état civil n'offre pas plus de garanties contre la fraude à l'identité ¹¹⁹. La probabilité qu'un homme s'identifie en tant que femme dans le seul but de bénéficier d'une mesure positive visant les femmes est en outre relativement faible ¹²⁰, étant donné les conséquences sociales que cela entraînerait pour cet homme. En effet, comme l'explique Pieter Cannoot, aller à l'encontre de la cisnormativité ou de la binarité de genre n'apporterait que des avantages très limités dans le meilleur des cas, et ces éventuels avantages ne l'emporteraient pas sur la marginalisation sociale qui en découlerait ¹²¹.

¹¹⁴ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 268 ; P. CANNOOT, « Genderdiversiteit en het Belgische recht : via M/V/X op weg naar totale genderinclusiviteit? », in E. BREMS, P. CANNOOT et L. STEVENS (dir.), *Recht & Gender in België — 10 jaar later*, Bruges, die Keure, 2021, p. 551.

¹¹⁵ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁶ COMITÉ DIRECTEUR SUR L'ANTI-DISCRIMINATION, LA DIVERSITÉ ET L'INCLUSION DU CONSEIL DE L'EUROPE, Premier rapport d'examen thématique de la mise en œuvre de la Recommandation CM/Rec(2010)5, *La reconnaissance juridique du genre en Europe*, 2022, www.coe.int/fr/web/porta1 (date de dernière consultation : 3 août 2023), § 20.

¹¹⁷ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 420.

¹¹⁸ L'exemple de la fraude à l'identité qui est fréquemment utilisé dans ce contexte est celui d'une personne recherchée par la justice et qui tente d'y échapper en changeant d'identité de genre. Voy. notamment la brochure disponible en ligne sur le site du SPF Justice <https://justice.belgium.be/fr> « Changer de prénom et modifier l'enregistrement du sexe à l'état civil ». Notons toutefois que des personnes tentant d'échapper à la justice attirent en réalité davantage l'attention lorsqu'elles adoptent un comportement non conforme aux normes de genre, P. CANNOOT, *The right to personal autonomy*, *op. cit.*, p. 375.

¹¹⁹ P. CANNOOT, « Genderdiversiteit... », *op. cit.*, p. 551.

¹²⁰ S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 421.

¹²¹ P. CANNOOT, « Symposium: New Belgian Gender Recognition Act: shouldn't self-determination also include non-binary people? », *IACL-AIDC*, <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/3/new-belgian-gender-recognition-act-shouldnt-self-determination-also-include-non-binary-people>, 20 mars 2018.

C. La flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre

Si le législateur n'optait pas pour la voie d'une suppression de l'enregistrement, une triple démarche de flexibilisation s'imposerait toutefois à lui en vertu des droits fondamentaux, d'après le rapport réalisé par l'*Equality Law Clinic* ¹²².

Premièrement, le rapport recommande de mettre en question la légitimité des buts poursuivis par cet enregistrement. Certains auteurs, mais également le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ¹²³, soutiennent qu'il conviendrait de s'interroger sur les domaines et les situations où l'identification du sexe juridique est pertinente et proportionnée à l'objectif poursuivi ¹²⁴. L'idée serait de minimiser « autant que possible le dévoilement inopiné et inutile de l'identité sexuelle » ¹²⁵. Des experts de l'Université de Gand proposent par exemple de limiter l'utilité de l'enregistrement du *sexe* à des fins médicales et de consigner ces informations dans un dossier électronique confidentiel ¹²⁶.

Deuxièmement, chaque personne devrait pouvoir s'identifier à l'une des catégories prévues, conformément à son identité de genre. Ces catégories, accessibles à l'ensemble des citoyens, doivent être définies en concertation avec les personnes concernées et les associations LGBTQIA+ ¹²⁷. Si d'aucuns s'opposent à la création d'une unique catégorie additionnelle car elle serait stigmatisante ¹²⁸, de nombreux organismes régionaux et internationaux soutiennent toutefois l'instauration de plusieurs catégories supplémentaires ¹²⁹.

Parmi les options de genre mises à la disposition des citoyens, une catégorie ouverte pourrait être prévue en Belgique, à l'instar de la Tasmanie dont la législation prévoit deux catégories de ce type. En Tasmanie, une personne peut, en effet, enregistrer son genre par le biais d'un mot ou une phrase utilisée pour indiquer qu'elle se perçoit comme n'étant ni entièrement masculine, ni entièrement féminine ¹³⁰.

L'enregistrement du genre pourrait, en sus, dépendre de la volonté de la personne concernée ; les personnes non binaires auraient par exemple le choix

¹²² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

¹²³ COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE, Document thématique, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, www.coe.int/fr/web/portal (date de dernière consultation : 3 août 2023), recommandation n° 4, p. 9.

¹²⁴ P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 646.

¹²⁵ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 920.

¹²⁶ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 271.

¹²⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 42 et 55.

¹²⁸ L. NICOLAS, *Le troisième sexe, une fausse bonne idée*, 14 novembre 2017, <http://www.lgbt-lux.be/> (date de dernière consultation : 15 juin 2023) ; P. CANNOOT, « Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af », *T. Fam.*, 2020/1, p. 25 ; P. DUNNE, et J. MULDER, *op. cit.*, p. 644.

¹²⁹ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 55.

¹³⁰ Traduction libre de Justice and Related Legislation (Marriage and Gender Amendments) Act, 8 mai 2019, www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/asmade/act-2019-007, art. 3A.

d'inscrire leur identité de genre à l'état civil (par exemple par la mention « non binaire » ou par un mot choisi par chaque personne concernée dans le cadre d'une catégorie ouverte) (*opt in*) ou de demander à ce qu'une telle mention soit omise des registres (« néant » ou « / ») (*opt out*), comme le propose Geoffrey Willems¹³¹.

Troisièmement, l'indication de l'identité de genre sur les documents d'identité doit être interrogée tant au niveau de la légitimité du but poursuivi, de la nécessité que de la proportionnalité¹³². La suppression du sexe juridique sur les documents d'identité contribuerait à simplifier le quotidien des personnes de genre non binaire¹³³. Cette mesure, autorisée par le droit de l'Union européenne¹³⁴ et encouragée par le droit international¹³⁵, va par ailleurs être mise en œuvre en Belgique, d'après une note de politique générale du 29 octobre 2021¹³⁶.

La flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre a l'avantage de permettre la reconnaissance des personnes de genre non binaire, tout en satisfaisant à la volonté des personnes cisgenres ou transgenres d'avoir leur sexe/genre officiellement reconnu. En outre, d'une part, la conservation de catégories d'identité de genre ne mettrait pas en cause la mise en œuvre d'actions positives visant à remédier aux inégalités de genre. D'autre part, la création de plusieurs catégories additionnelles participerait à la lutte contre le cadre patriarcal et l'organisation genrée, dualiste et hiérarchique (m>f) de la société, à travers lesquels les femmes, mais également les personnes non binaires, sont opprimées¹³⁷.

Rappelons toutefois que la suppression de l'enregistrement de la mention du sexe/genre à l'état civil reste la mesure la plus conforme au droit à l'autodétermination d'après le rapport de l'*Equality Law Clinic*¹³⁸ et le groupe d'experts de l'Université de Gand¹³⁹.

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

Si les personnes dont le genre ne répond pas aux catégories binaires « M » et « F » sont reconnues en droit belge, la création de mesures positives tenant compte des personnes non binaires pourrait être une piste de réflexion. La reconnaissance du genre non binaire impliquerait, en effet, une protection contre la discrimination

¹³¹ G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide... », *op. cit.*, p. 919.

¹³² E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

¹³³ P. GUEZ, *op. cit.*, p. 7.

¹³⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁵ Principes de Jogjakarta + 10, *op. cit.*, principe 31, A.

¹³⁶ Note de politique générale, « Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité », 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 55-2294/015, p. 5.

¹³⁷ M. A. GILBERT, *op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 28.

¹³⁹ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267.

dans différents domaines tels que l'emploi et l'éducation¹⁴⁰. Pour ce faire, les actions positives présentent l'avantage de viser une égalité substantielle et d'ainsi remédier aux désavantages de l'égalité formelle¹⁴¹.

Une telle protection est d'ores et déjà préconisée par les principes de Jogjakarta¹⁴². En outre, du principe 2 peut être déduite la recommandation aux États d'adopter des mesures d'action positive visant à garantir « une jouissance ou un exercice égal des droits humains » des personnes aux identités de genre diverses¹⁴³. Cela permettrait de donner davantage d'effectivité au droit à l'identité de genre et au développement personnel consacré par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁴.

La Cour constitutionnelle belge a, par ailleurs, précisé dans son arrêt n° 99/2019 que l'adoption de « mesures visant à lutter contre des différences de traitement fondées sur une identité de genre non binaire » n'était pas contraire à la Constitution¹⁴⁵.

De telles mesures pourraient être mises en œuvre en s'inspirant de la formulation de l'arrêt royal du 11 février 2019. Il conviendrait, en effet, d'utiliser un critère protégé afin de définir le groupe bénéficiaire de l'action positive en question¹⁴⁶. Ces mesures seraient alors justifiées par l'existence de désavantages subis par un groupe, objectivement constatés par le recours à des informations statistiques, en lien avec un critère protégé¹⁴⁷. Non seulement cela éviterait l'essentialisation et la stigmatisation reprochées aux féministes de la différence¹⁴⁸ ; les femmes ne seraient pas bénéficiaires d'actions positives car elles correspondent à certaines caractéristiques inhérentes à la nature du sexe féminin, mais parce qu'elles sont désavantagées socialement sur la base d'un critère protégé qui les rassemble : leur identité de genre. Mais cela permettrait, en outre, d'inclure des minorités de genre désavantagées en raison du même critère, notamment les personnes non binaires.

Ces mesures seraient combinées avec la méthode de l'auto-identification¹⁴⁹, ou à tout le moins, se fonderaient sur l'identité de genre — qu'elle soit auto-déclarée ou enregistrée — et non pas sur le sexe des personnes, afin de donner à la reconnaissance du genre non binaire son entière effectivité.

¹⁴⁰ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

¹⁴¹ INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES, *État des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, 2017, <https://igvm-iefh.belgium.be/fr> (date de dernière consultation : 14 octobre 2022).

¹⁴² Principes de Jogjakarta + 10, *op. cit.*, principe 2.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ P. CANNOT et A. DECOSTER, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁵ C. const., 19 juin 2019, n° 99/2019, B.6.6.

¹⁴⁶ J. A. CLARKE, *op. cit.*, p. 951.

¹⁴⁷ Rapport au Roi précédant l'A.R. du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1^{er} mars 2019, p. 21169.

¹⁴⁸ M.-C. BELLEAU, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁹ E. CROSSET DECHANY, *op. cit.*, p. 745 ; P. CANNOT, « Genderdiversiteit... », *op. cit.*, p. 550.

Un exemple d'action positive permettant d'inclure les personnes non binaires pourrait être formulé ainsi : en se fondant sur des données ventilées selon le genre, nous pourrions constater que certaines personnes sont désavantagées sur la base de leur genre dans l'accès aux conseils d'administration des sociétés cotées en bourse. Dans ce cas, un quota pourrait, par exemple, prévoir « qu'un maximum de 2/3 des sièges dans les conseils d'administration puissent être occupés par des personnes ayant la même identité de genre »¹⁵⁰.

CONCLUSION

Si certains auteurs identifient des contradictions entre la reconnaissance juridique du genre non binaire et les mesures positives visant à progresser vers une égalité substantielle entre les hommes et les femmes, ces difficultés ne semblent cependant pas insurmontables, ainsi que le démontrent de nombreux auteurs. Parmi les multiples solutions possibles qui ont été proposées afin de reconnaître légalement le genre non binaire, la présente contribution retient quatre hypothèses permettant au législateur belge de rendre son texte conforme à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juin 2019, tout en conservant la possibilité d'avoir recours aux actions positives poursuivant l'égalité des genres.

D'après les rapports d'experts, la suppression de l'enregistrement de la mention du sexe/genre à l'état civil constitue l'option la plus respectueuse du droit à l'autodétermination¹⁵¹. Cela réduirait la stigmatisation des personnes non binaires, pointées du doigt comme étant « X » ou « autres » par rapport à la norme binaire homme-femme. Certaines féministes estiment, en outre, qu'une telle sortie de la binarité permettrait de s'attaquer aux causes profondes du statut inférieur des femmes dans la société et de combattre l'organisation patriarcale, genrée et hiérarchiquement dualiste (m>f), à travers laquelle les femmes mais également les minorités de genre sont opprimées¹⁵².

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

¹⁵⁰ Traduction libre de P. CANNOOT, *op. cit.* Pour d'autres exemples de ce type, voy. E. CROSSET DECHANY, *op. cit.*

¹⁵¹ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 267 ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUL, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵² P. CANNOOT, *The right to personal autonomy*, *op. cit.*, p. 513 ; D. OTTO, *op. cit.*, p. 33 ; M. A. GILBERT, *op. cit.*, p. 94.

En somme, cette hypothèse permettrait de rester sensible aux différences — grâce à la prise en compte de données ventilées selon le genre — tout en évitant la stigmatisation et la marginalisation des personnes non binaires qu'entraîne l'enregistrement du genre à l'état civil, qu'il soit binaire ou constitué d'une troisième catégorie « X »¹⁵³.

Si le législateur n'opte pas pour une telle suppression de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil, la reconnaissance du genre non binaire exige à tout le moins une triple démarche de *flexibilisation*¹⁵⁴. Premièrement, il conviendrait de minimiser autant que possible l'identification du sexe juridique des personnes ; il a notamment été proposé de consigner la mention du sexe dans un dossier électronique confidentiel, réservé à l'usage médical¹⁵⁵. Deuxièmement, à défaut d'une suppression des catégories légales, le législateur devrait offrir la possibilité à chaque personne de s'identifier à l'une des catégories proposées. Pour ce faire, le droit à la reconnaissance légale de l'identité de genre¹⁵⁶ exige à tout le moins de créer de nouvelles catégories permettant de reconnaître les identités non binaires. À cela peuvent s'ajouter une catégorie ouverte « laissant l'indication du genre au libre choix de la personne concernée »¹⁵⁷, mais également une base volontaire permettant à chaque personne de choisir d'enregistrer son identité de genre ou de se soustraire à un tel enregistrement. Troisièmement, la mention du sexe/genre devrait être retirée des documents d'identité. À ce propos, le gouvernement fédéral a d'ores et déjà annoncé sa volonté de faire disparaître le marqueur de genre des cartes d'identité¹⁵⁸.

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

Dans le cas d'une suppression du sexe/genre à l'état civil, puisqu'il n'existerait plus de catégories officielles de sexe/genre, il conviendrait d'identifier les bénéficiaires d'actions positives par le biais d'une méthode subjective : l'auto-identification. Cette méthode a l'avantage de donner au droit à l'autodétermination toute l'effectivité qu'il commande, et d'être particulièrement pertinente dans

¹⁵³ D. INNERARITY, « Universalité et différence. Qu'est-il advenu de la postmodernité ? », *Tumultes*, 2010, vol. 34, n° 1, p. 138.

¹⁵⁴ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁵ T'SJOEN *et al.*, *op. cit.*, p. 271.

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, www.echr.coe.int (24 juillet 2023).

¹⁵⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE et H. OUHNAOUI, *op. cit.*, pp. 16 et 33.

¹⁵⁸ Note de politique générale, « Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité », 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 55-2294/015, p. 5.

l'attribution des actions positives. En effet, ce qui est pertinent dans le cadre des mesures positives n'est pas le genre tel qu'il est légalement enregistré, mais bien la façon dont les personnes s'identifient et perçoivent leur rôle social ¹⁵⁹.

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

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

Enfin, la formulation des quatre pistes de conciliation ainsi proposées est le résultat d'une prise en considération tant des théories féministes que des différentes positions adoptées parmi la doctrine. Nous avons tenté de tirer de ces débats des solutions concrètes que nous pensons justes et nécessaires afin de donner au droit à l'autodétermination du genre toute l'effectivité que son respect commande.

En conclusion, nous avançons qu'il est possible de remédier à l'inconstitutionnalité constatée en 2019 par la Cour constitutionnelle par le biais de la suppression ou de la flexibilisation de l'enregistrement du sexe/genre à l'état civil ; ces deux solutions pouvant être compatibles avec les actions positives fondées sur le genre puisqu'elles n'excluent pas la possibilité d'identifier les bénéficiaires de ces mesures, ni de collecter des données ventilées selon le sexe/genre, et qu'elles permettent la création de nouvelles actions positives au profit des personnes non binaires, jusque-là inexistantes légalement.

Il reste à espérer que le laborieux processus de réforme législative actuellement en cours en Belgique et impliquant toutes les parties prenantes ¹⁶⁰, portera ses fruits et ce, de manière à respecter au mieux les droits des personnes non binaires.

¹⁵⁹ N. GALLUS, *op. cit.*, p. 258 ; S.L. GÖSSL et B. VÖLZMANN, *op. cit.*, p. 420.

¹⁶⁰ Projet de loi modifiant des dispositions diverses concernant la modification de l'enregistrement du sexe, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3356/001, p. 3 ; P. CANNOT, « Weghalen Geslacht Op Identiteitskaart Is Een Goeie Eerste Stap, Maar Hoe Moet Het Nu Verder? », *op. cit.*