

# Goldsmiths Research Online

*Goldsmiths Research Online (GRO)  
is the institutional research repository for  
Goldsmiths, University of London*

## Citation

Holzer, Lena. 2021. La Définition Juridique de l'Identité de Genre En Europe. In: Bérénice K. Schramm, ed. *Queer(s) et Droit International. Études Réseau Olympe*. Paris: Société de législation comparée, pp. 287-332. ISBN 9782365171090 [Book Section]

## Persistent URL

<https://research.gold.ac.uk/id/eprint/32586/>

## Versions

The version presented here may differ from the published, performed or presented work. Please go to the persistent GRO record above for more information.

If you believe that any material held in the repository infringes copyright law, please contact the Repository Team at Goldsmiths, University of London via the following email address: [gro@gold.ac.uk](mailto:gro@gold.ac.uk).

The item will be removed from the repository while any claim is being investigated. For more information, please contact the GRO team: [gro@gold.ac.uk](mailto:gro@gold.ac.uk)

# LA DÉFINITION JURIDIQUE DE L'IDENTITÉ DE GENRE EN EUROPE<sup>1\*</sup>

Lena HOLZER

## INTRODUCTION

Dans le célèbre verdict concernant une « troisième » catégorie juridique de genre en 2018, la Cour constitutionnelle autrichienne a énoncé clairement que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui proclame le droit au respect de la vie privée et familiale, garanti *le droit à une identité de genre*<sup>2</sup>. Il fait suite à un certain nombre de développements juridiques similaires qui reconnaissent explicitement l'existence d'un *droit à l'identité de genre*, comme cela a été le cas par les organes législatifs de Malte et par des organes juridiques du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne (UE)<sup>3</sup>. Mais que signifie exactement « l'identité de genre » ? Comment la notion « d'identité de genre » est-elle définie dans le monde juridique en Europe ? A travers une analyse du droit comparé en matière d'enregistrement

---

\* J'ai recueilli certaines des informations présentées dans ce chapitre pour un rapport de ILGA-Europe sur le statut juridique des personnes non-binaires en Europe<sup>1</sup>. Je tiens à remercier Bérénice K. Schramm, Romaine Girod, Manon Beury, Djemila Carron, Marjolein van den Brink, Iris Rivoire et Maxime Fae pour leurs commentaires et leur soutien dans la rédaction de ce chapitre.

<sup>2</sup> Österreichischer Verfassungsgerichtshof, *G 77/2018-9*, 15 juin 2018, §§ 3, 18 ; Österreichischer Verfassungsgerichtshof, « Presseinformation. Intersexuelle Menschen haben Recht auf adäquate Bezeichnung im Personenstandsregister. *G 77/2018* », juin 2018, p. 2.

<sup>3</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Van Kück c. Allemagne*, 9 déc. 2003, Requête 35968/97, § 75 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2048 (2015). La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 22 avr. 2015, § 5 ; Parlement européen, « P8\_TA(2018)0056. Résolution sur la Situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016 », 1 mars 2018, § 65.

d'une catégorie du genre à l'état civil en Europe<sup>4</sup> et à la lumière des théories *queers*, ce chapitre vise à étudier ces questions et révélera que leurs réponses sont loin d'être simples. Le droit européen concernant l'enregistrement du genre dans l'état civil en Europe est dominé par des exemples de développements au sein du Conseil de l'Europe, surtout dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, complémentée par les mesures prises par les organes de l'UE. En suivant une approche foucauldienne, je conçois le droit international comme un discours produit par des acteurs<sup>a</sup> multiples et diffusé à diverses échelles<sup>5</sup>. Ainsi, afin d'analyser le statut juridique de l'identité de genre en Europe, je me baserai, outre le droit émis par les institutions intergouvernementales et supranationales européennes, sur divers exemples tirés du droit interne des différents pays européens. Ces exemples représentent des éléments pertinents du discours et de la pratique actuels concernant l'enregistrement juridique du genre en Europe. Bien que je me concentre principalement sur le droit à l'identité de genre en Europe, je comparerai, de temps en temps, les développements européens avec des évolutions internationales et dans d'autres régions, notamment les opinions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. J'écris ce chapitre dans le but d'apporter une contribution intellectuelle mais aussi, et surtout, pour révéler certains principes juridiques qui empêchent les personnes avec des identités de genre et/ou des expressions de genre qui ne sont pas conformes aux attentes sociales, notamment les personnes trans\*<sup>6</sup>, de jouir de leurs droits

---

<sup>4</sup> Dans la mesure où je me base mon analyse non seulement sur le droit émis par les institutions intergouvernementales et supranationales en Europe, mais aussi sur le droit émis par les institutions juridiques internes des différents pays européens, j'utiliserai l'expression de « droit en Europe » plutôt que celle de « droit européen ».

<sup>a</sup> 'actaires'. Après mûre réflexions et plusieurs essais différents, j'ai décidé d'adopter, dans ce chapitre, une version du langage neutre/épïcène à la place d'une version inclusive (e.g. étudiant.e.s.x). Je trouve que le langage neutre/épïcène sert le but de dénaturaliser la division des êtres humains dans des catégories de genre. Ceci dit, je reconnais que le langage inclusif, comme le droit inclusif (v. IV.B. dans ce chapitre), peut être utile pour assurer la visibilité des différents genres dans la langue. La forme du langage neutre/épïcène que j'utilise est inspirée par un dictionnaire activiste. V. LVEQ, « Petit dico de français neutre/inclusif », *La vie en queer* 26 juil. 2018, <https://lavieenqueer.wordpress.com/2018/07/26/petit-dico-de-francais-neutre-inclusif/> (consulté le 27 mars 2020). Sur la mise en note infrapaginale cotée des termes neutres, v. la Note sur la lecture en début d'ouvrage.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *L'ordre du discours : Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, févr. 1971 ; A. RASULOV, « The Structure of the International Legal Discourse », 2004, présenté à la conférence de fondation de la société européenne de droit international à Florence, accessible en ligne : <https://papers.ssrn.com/abstract=1675444> (consulté le 3 août 2018) ; E. HOLZLEITHNER, *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung*, Vienne, Facultas, 2002, p. 14.

<sup>6</sup> J'utilise le terme « trans\* » pour me référer aux personnes dont les identités de genre et/ou les expressions de genre diffèrent, au moins partiellement, du genre qui leur a été assigné à la naissance et qui s'identifient comme telles. L'astérisque permet de souligner le fait que les personnes trans\* sont

humains. Partant, et s'inscrivant dans une perspective *queer*, ma recherche vise à soutenir les droits des personnes qui sont – dans les mots de Michel Foucault – « démonisées<sup>b</sup> » par le système binaire de genre, affirmant qu'il y a seulement deux genres clairement différents, complémentaires et constitués par la biologie : les femmes et les hommes. Bien que les théories *queers* soient un champ divers, qui ne peut pas être décrit par une seule définition, les acteurs<sup>c</sup> s'inscrivant dans ces théories visent généralement à la dénaturalisation et la déstabilisation des catégories d'identité, surtout celles liées au genre, au sexe et à la sexualité<sup>7</sup>. Ainsi, mon but est d'étudier comment un système de pouvoir, notamment l'enregistrement juridique des genres, crée des identités « illégitimes » et « déviantes », comme « le transsexuel », en reproduisant un modèle binaire de genre. Mon analyse part de l'hypothèse que la plupart des institutions juridiques au niveau européen postulent que le genre juridique est déterminé par des aspects biologiques et/ou corporels, est binaire et constitue une caractéristique essentielle pour définir la personnalité juridique des individus. L'analyse révélera que même si cette hypothèse est (encore) valable dans de nombreux cas, les normes européennes liées aux identités des genres sont dans une phase de rupture et de changement. Cela ouvre la porte à une redéfinition du concept qui serait plus en accord avec les approches *queers* et la protection des droits des personnes trans\*. Après une courte introduction sur le droit à l'identité de genre au niveau européen, l'analyse se focalisera sur les trois points principaux de mon hypothèse concernant la définition juridique du genre en Europe. Le premier point s'intéressera à la manière dont le déterminisme biologique est reproduit dans le droit européen, en particulier dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le deuxième point se concentrera sur la (re)production de la dualité de genre par le droit en Europe. Enfin, le dernier point avant les conclusions, analysera la supposition que l'identité de genre est une caractéristique essentielle pour définir la personnalité juridique des individus.

## I. L'ANCRAGE JURIDIQUE DU DROIT À L'IDENTITÉ DE GENRE DANS LE DROIT EN EUROPE

---

un groupe très divers et hétérogène, qui s'identifient avec des genres variés, y compris des genres non-binaires.

<sup>b</sup> 'démonisées'

<sup>c</sup> 'acteurs'

<sup>7</sup> Par ex. J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, Paris, La Découverte, 2005 ; E. K. SEDGWICK, *Épistémologie du placard*, Paris, Amsterdam, 2008 ; A. CALLIS, « Playing with Butler and Foucault: Bisexuality and Queer theory », *Journal of Bisexuality*, 2009, pp. 213-233.

Le terme « identité de genre » est rarement défini par les institutions juridiques internationales qui l'utilisent dans leur jurisprudence ou leurs rapports écrits. Par contre, certaines lois nationales concernant la reconnaissance juridique du genre ou contre la discrimination utilisent une définition explicite<sup>8</sup>. Un exemple européen est la loi émise par Malte en 2015, qui copie la définition de l'identité de genre créée par « Les Principes de Jogjakarta », un document sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre adopté en 2007<sup>9</sup>. Les Principes de Jogjakarta constatent que « l'identité de genre est comprise comme faisant référence à l'expérience intime et personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou autres) et d'autres expressions du genre, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »<sup>10</sup>. Cette définition semble supposer que l'identité de genre est en quelque sorte liée à un sens corporel et souligne le fait que l'identité de genre est une expérience interne et individuelle, vécue aussi bien par des personnes cis (« cisgenre »)<sup>11</sup> que par des personnes trans\*. En effet, malgré le fait que presque<sup>12</sup> tout le monde s'identifie avec un certain genre, le terme d'identité de genre est souvent utilisé uniquement pour faire référence aux personnes trans\*, en excluant les personnes cis. Cela est le cas parce que les normes cisnormatives persistantes *naturalisent* les identités de genre des personnes cis et rendent celles des personnes trans\* *déviantes*. Comme jusqu'à présent aucun traité multilatéral, ni au niveau international ni au niveau européen, ne mentionne *le droit à l'identité de genre* explicitement, les institutions juridiques en Europe l'ont interprété comme faisant partie des autres droits codifiés par des traités<sup>13</sup>. La Cour européenne des droits de

<sup>8</sup> Par ex., Argentine, *Identidad de genero. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas*, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, 9 mai 2012, Ley 26.743, *cit.* art. 2 ; Australie, *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013*, No. 98 ; Malte, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 2015 Acte No. XI de 2015*, § 2.

<sup>9</sup> Malte, *Acte No. XI de 2015, cit.*, art. 2 ; « Les Principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », mars 2007.

<sup>10</sup> « Les Principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », *cit.* Preamble.

<sup>11</sup> J'utilise le terme cis pour désigner des personnes qui s'identifient avec le genre correspondant au genre qui leur a été assigné à la naissance.

<sup>12</sup> Des personnes non-genrées ou *agenders* ne s'identifient souvent avec aucun genre.

<sup>13</sup> Par ex., Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 7 nov. 2002, Requête 28957/95 ; Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, Requêtes 79885/12, 52471/13, 52596/13 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe,

l'homme reconnaît le droit à l'identité de genre dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>14</sup>, qui est également l'approche suivie par la Cour constitutionnelle autrichienne dans le verdict mentionné dans l'introduction. La reconnaissance des identités de genre non-binaires<sup>15</sup> peut aussi être analysée du point de vue du principe de non-discrimination, comme illustré par la Cour constitutionnelle allemande qui a statué que le fait d'obliger les individus à enregistrer leur genre à l'état civil en ne leur offrant que deux catégories de genre constituait une discrimination contre les personnes ni femmes ni hommes<sup>16</sup>. Les Principes de Jogjakarta abordent encore la protection du droit à l'identité de genre d'une autre façon. Les Principes originels et leur révision en 2017 traitent le droit à l'identité de genre comme faisant partie du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, qui est protégé par l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>17</sup>. Les arrêts rédigés en français par la Cour européenne des droits de l'homme utilisent plutôt l'expression « identité sexuelle » à la place de celle « d'identité de genre ». « Le droit à l'identité sexuelle » a été prononcé pour la première fois explicitement par la Cour européenne des droits de l'homme dans le verdict *Van Kück c. Allemagne* en 2003<sup>18</sup>. Selon Daniel Borillo, la résistance opposée par les organes juridiques à l'utilisation de la notion de « genre » en lieu et place de celle de « sexe » manifeste leur difficulté à accepter l'idée que l'état civil cesse d'enregistrer une catégorie statique et biologique qui fait référence à la morphologie des corps<sup>19</sup>. En conséquence, l'hésitation de la Cour européenne des droits de

---

« Résolution 2048 (2015). La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », *cit.*, § 3.

<sup>14</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 nov. 1986, Requête 9532/81, § 33 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 7 nov. 2002, *cit.*, § 59 ; Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 83.

<sup>15</sup> J'utilise le terme « les personnes non-binaires » par la suite comme terme générique pour me référer à toutes les personnes « dont l'identité de genre est en dehors, non comprise dans ou au-delà du binarisme femme/homme ». V. *Glossaire des termes Trans et Nonbinaire*. Traduction par les rédacteurs du Webdoc « Les genres non-binaires », fichier d'origine accessible en ligne : [http://www.ebony.com/wp-content/uploads/2015/10/Trans\\_and\\_queer\\_glossary.pdf](http://www.ebony.com/wp-content/uploads/2015/10/Trans_and_queer_glossary.pdf), s.d.

<sup>16</sup> Bundesverfassungsgericht, *1 BvR 2019/16*, 10 oct. 2017.

<sup>17</sup> « Les Principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », *cit.* Principe 3 ; « Les Principes de Jogjakarta plus 10. Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application de la législation internationale 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 », 2017, Principe 31.

<sup>18</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Van Kück c. Allemagne*, 9 déc. 2003, *cit.*, § 75.

<sup>19</sup> D. BORRILLO, *L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée*, Audition devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 19 mars 2013, p. 3.

l'homme à remplacer le terme d'identité sexuelle par celui d'identité de genre, exposée surtout dans ses arrêts en français, peut signifier que la Cour n'a pas (encore) accepté que l'identité (juridique) de genre n'est pas dépendante de l'apparence des organes génitaux. Elle postule que les caractéristiques sexuelles jouent un rôle pour l'enregistrement du genre à l'état civil. Cette explication est partiellement en accord avec la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, discutée par la suite, qui estime que des facteurs corporels peuvent être déterminantes pour avoir le droit de modifier la mention de son genre à l'état civil. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a reconnu, bien qu'hésitante, que la Convention européenne des droits de l'homme protège le droit à l'identité de genre<sup>20</sup>, les organes législatifs ou les cours de l'UE n'ont pas encore adopté une approche claire concernant ce droit fondamental. Par conséquent, la section suivante se focalisera sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre.

## II. LE DÉTERMINISME BIOLOGIQUE DANS LE DROIT EN EUROPE

Le déterminisme biologique suppose que le dimorphisme sexuel cause des différences dans les comportements, les rôles et les fonctionnements psychologiques des femmes et des hommes. Cela implique une logique binaire du sexe et du genre ainsi que l'idée que chaque personne est née avec une certaine identité de genre stable et immuable, déterminée par des caractéristiques sexuelles<sup>21</sup>. Cette conception n'ignore pas seulement les personnes trans\*, y compris les personnes avec des identités de genre non-binaires, mais aussi la diversité des corps qui est beaucoup plus large que postulée par le système binaire. De plus, le déterminisme biologique contredit la réclamation de base des féministes de la deuxième vague, démontrée par la fameuse citation de Simone de Beauvoir « on *ne* naît *pas* femme on le devient »<sup>22</sup> selon laquelle le genre est construit socialement et est donc

---

<sup>20</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Van Kück c. Allemagne*, 9 déc. 2003, *cit.*, § 75 ; Cour européenne des droits de l'homme, *YY c. Turquie*, 3 oct. 2015, Requête 14793/08, § 66 ; Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 123.

<sup>21</sup> Rafaela Cyrino explique comment à travers l'histoire le déterminisme biologique a été remplacé progressivement par le concept d'identité de genre dans les cercles académiques, en particulier dans les études psychologiques, aux États-Unis et en Europe pendant le XX<sup>e</sup> siècle. Elle discute également les controverses autour de l'expression d'identité de genre qui a été créé dans un contexte de justification des mutilations génitales effectués sur les enfants intersexes. R. CYRINO, *Le genre : Du déterminisme biologique au déterminisme socioculturel ?*, Paris, L'Harmattan, 2014.

<sup>22</sup> S. DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1976, p. 13.

malléable. Cette perspective était un outil puissant pour nier tout caractère naturel des oppressions des femmes et l'argument que « l'anatomie, c'est le destin »<sup>23</sup>, comme cela avait été énoncé par Sigmund Freud. Ainsi, depuis les années soixante, l'idée de Beauvoir a été développée dans des approches qui considèrent le sexe et le genre comme deux concepts différents : le premier relevant des caractéristiques anatomiques et le deuxième relevant des rôles sociaux et/ou d'une identité personnelle. Bien que la distinction entre les concepts de sexe et de genre soit largement acceptée dans le discours académique actuel des études genre<sup>24</sup>, beaucoup d'institutions juridiques utilisent ces termes de façon interchangeable et considèrent l'apparence des caractères sexuels, c'est-à-dire le sexe et non pas le rôle social, comme déterminant pour l'état civil<sup>25</sup>. Dans ce chapitre, j'utilise le terme de genre plutôt que celui de sexe, car si l'État enregistre l'une de ces deux caractéristiques afin de définir la personnalité juridique des individus, celle-ci devrait se référer au rôle social d'une personne plutôt qu'à son apparence physique.

Le large consensus autour d'une vision du genre comme construit social a été suivi par des contestations post-modernes dans les années quatre-vingt-dix. Judith Butler a « troublé » les cercles féministes en argumentant que « ce que l'on appelle « sexe » est une construction culturelle au même titre que le genre ; en réalité, peut-être le sexe est-il toujours déjà du genre »<sup>26</sup>. Selon Butler, le sexe n'est pas un caractère pré-discursif qui signifie universellement la même chose mais est socialement construit par l'acte d'attribuer des significations aux caractéristiques anatomiques. De sorte qu'enregistrer le sexe d'un bébé sur le certificat de naissance n'est pas un constat neutre mais une interprétation performative de l'apparence des organes génitaux par des médecins ou des parents, qui est influencée par des normes sociales, notamment celles liées à la thématique du genre. En ce sens, ni le sexe ni le genre ne sont des catégories intrinsèquement stables mais leurs significations

<sup>23</sup> S. FREUD, *La vie sexuelle*, Paris, PUF, 1992, p. 121.

<sup>24</sup> L'acceptation de la distinction entre sexe et genre ne garantit pas forcément le refus de la binarité du genre et du sexe. Par exemple, l'Organisation mondiale de la Santé définit le « sexe » comme nommant les caractéristiques biologiques qui différencient les hommes et les femmes, et le « genre » comme évoquant « les rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités et les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les hommes et les femmes ». Aucune identité de genre non-binaire est considérée par cette définition. V. « Qu'entendons-nous par "sexe" et par "genre" ? », *Organisation mondiale de la Santé*, s.d., accessible en ligne : <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/> (consulté le 28 juil. 2018).

<sup>25</sup> M. GOULD, « Sex, Gender, and the Need for Legal Clarity: The Case for Transsexualism », *Valparaiso University Law Review*, 13/3 (2011), pp. 427-428.

<sup>26</sup> J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., p. 69.

peuvent changer pendant la vie ou selon le contexte<sup>27</sup>. La construction sociale du sexe est rarement reconnue par les institutions juridiques. L'avis consultatif émis par la Cour interaméricaine des droits de l'homme à la demande du Costa Rica en 2018 constitue en ce sens une exception. En effet, celui-ci définit l'expression du « sexe attribué à la naissance » et ainsi reconnaît que le sexe n'est pas un facteur biologique ou naturel mais bien un construit social attribué à la naissance en fonction de la perception que les autres se font des organes génitaux<sup>28</sup>. Selon l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* (2017), émis par la Cour européenne des droits de l'homme, sept États membres du Conseil de l'Europe n'avaient mis en place aucune procédure pour modifier à l'état civil le sexe enregistré au moment de la naissance en 2017<sup>29</sup>. Ces pays postulent que le sexe attribué à la naissance est immuable et définit la position sociale et juridique des individus, comme le fait d'avoir ou non certains droits et obligations. Les autres États membres qui ont des lois sur la reconnaissance juridique du genre ont accepté le fait que le sexe/genre attribué au moment de la naissance ne correspond pas toujours à l'identité de genre et au rôle social d'une personne. Pourtant, la plupart de ces pays demandent aux requérantes et requérants<sup>d</sup> de satisfaire certaines conditions préalables avant de modifier la mention de leur genre à l'état civil. Celles-ci reflètent souvent le déterminisme biologique et sont basées sur la binarité du genre. Il existe toutefois des pays en Europe, comme par exemple le Danemark<sup>30</sup>, Malte<sup>31</sup> et le Luxembourg<sup>32</sup>, qui ont éliminé toutes conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre, du moins pour les adultes<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, op. cit., chap. 3. IV. La construction sociale du sexe est bien illustrée par le travail de la biologiste Anne Fausto-Sterling, qui a constaté que les normes de genre ont des effets physiques sur les corps, comme lorsqu'une personne entraîne ses muscles pour satisfaire les normes de la masculinité. A. FAUSTO-STERLING, *Corps en tous genres : La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, Éditions La Découverte, 2012.

<sup>28</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, 24 nov. 2017, Advisory Opinion OC-24/17, p. 15.

<sup>29</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, cit., § 70 ; Cour européenne des droits de l'homme, *X c. Macédoine*, 2019, Requête 29683/16, § 35.

<sup>d</sup> 'requérans'

<sup>30</sup> Danemark, *Motion to amend the Act on the (Danish) Civil Registration System* (english translation), 11 juin 2014, L 182.

<sup>31</sup> Malte, *Acte No. XI de 2015*, cit.

<sup>32</sup> Luxembourg, *Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil*, 12 sept. 2018, No. 797.

<sup>33</sup> En effet, comme cela a été critiqué par des organisations représentatives des personnes trans\*, certains pays, comme la Danemark et le Portugal, ont éliminé toutes conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre pour les adultes mais pas pour les mineures. V. TGEU, « Historic Danish Gender Recognition Law comes into Force », 1 sept. 2014, accessible en ligne : <http://tgeu.org/tgeu-statement-historic-danish-gender-recognition-law-comes-into-force/> (consulté le 3 févr. 2017) ; TGEU, « Portugal votes for self-determination, keeps medicalization for minors », 13

Les conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre demandées par des États membres du Conseil de l'Europe incluent souvent des procédures médicales, des « traitements » psychologiques et des divorces pour les personnes mariées<sup>e</sup>. Ces procédures médicales visent à la transformation de l'apparence physique d'une manière irréversible afin que l'extérieur du corps et ses fonctions reproductives ne contredisent pas le genre juridique de la personne concernée dans une logique binaire. Ces procédures peuvent impliquer des thérapies hormonales, des chirurgies affirmatives du genre et la stérilisation. Dans la plupart des pays, les « traitements » psychologiques incluent l'exigence, pour les personnes demandant une reconnaissance juridique de leur genre, d'avoir fait l'objet d'un diagnostic de « dysphorie de genre ». La dysphorie de genre continue d'être classifiée comme « trouble mental » par l'Association américaine de psychiatrie<sup>34</sup>. Cependant, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ne qualifie plus le « transsexualisme »<sup>35</sup> de « trouble de la personnalité et du comportement chez l'adulte » dans la nouvelle Classification internationale des maladies, adoptée par l'Assemblée mondiale de la santé en 2019<sup>36</sup>. Quant à la condition selon laquelle les couples mariés doivent divorcer lorsque le pays concerné ne reconnaît pas l'égalité en matière de mariage<sup>37</sup>, celle-ci a été discutée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Hämäläinen c. Finlande* (2014). La Cour a jugé que si l'État concerné offre un statut similaire au mariage, il peut imposer le divorce préalable à la reconnaissance juridique du genre<sup>38</sup>. Comme cela a été remarqué dans un rapport de la Commission européenne, cette condition soutient « l'intérêt primaire de la société de faire respecter le système de genre binaire »<sup>39</sup>. Cependant, plusieurs États

---

juil. 2018, accessible en ligne : <https://tgeu.org/portugual-votes-for-self-determination-keeps-medicalization-for-minors/> (consulté le 29 juil. 2018).

<sup>e</sup> 'requérans mariés'

<sup>34</sup> *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*, American Psychiatric Association (dir.), Washington D.C, American Psychiatric Association, 2013.

<sup>35</sup> J'utilise le terme « transsexuel » dans cette contribution uniquement pour me référer au langage utilisé par les corps juridiques car le terme est aujourd'hui souvent considéré comme pathologisant et comme excluant des personnes trans\* qui ne font pas des chirurgies affirmatives de genre.

<sup>36</sup> Organisation mondiale de la Santé, « ICD-11 - Mortality and Morbidity Statistics », 2018, accessible en ligne : <https://icd.who.int/browse11/l-m/en> (consulté le 28 juil. 2018).

<sup>37</sup> Il y a aussi des pays, comme Malte, qui ne permettent pas encore le mariage homosexuel mais qui ont spécifié que des personnes mariées ne doivent pas divorcer avant d'être reconnues juridiquement avec leur identité de genre. Malte, *Acte No. XI de 2015, cit.*, § 3 (2) (a).

<sup>38</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juil. 2014, Requête 37359/09.

<sup>39</sup> Commission européenne, S. AGIUS et C. TOBLER, *Les personnes trans et intersexuées : la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers.*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2012, p. 20.

européens, qui ne reconnaissent pas le mariage entre personnes du même genre, ont quand même éliminé le divorce ou la transformation du mariage en union civile comme condition préalable à la reconnaissance juridique du genre<sup>40</sup>.

A. – *La distinction du sexe et du genre dans l'affaire Christine Goodwin c. Royaume-Uni (2002)*

En 1986, dans *Rees c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a répondu pour la première fois à la question de savoir si le rejet de la demande tendant à la modification de la mention du genre à l'état civil constitue ou non une violation de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>41</sup>. À cette époque, elle a soutenu l'argument présenté par le Royaume-Uni selon lequel l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée du plaignant Rees était justifiée par la protection de l'intérêt général dans la mesure où la modification de la mention du sexe à l'état civil aurait causé trop de difficultés administratives<sup>42</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme changera pourtant d'avis presque vingt ans plus tard dans l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (2002), dans lequel elle décidera que le gouvernement du Royaume-Uni ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière vu que l'intérêt général n'excède plus les intérêts de la requérante d'avoir son identité de genre reconnue par l'État<sup>43</sup>. Par conséquent, elle jugera que l'État doit établir un processus pour modifier la mention du genre à l'état civil des personnes « transsexuelles post-opératives », c'est-à-dire des personnes qui ont effectué des chirurgies

<sup>40</sup> Cour d'appel civile vaudoise, *CACI 13.07.2015/360*, juil. 2015 ; *I BvR 576/07*, 5 déc. 2008, note 1, Senat Bundesverfassungsgericht, accessible en ligne : [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/12/rk20081205\\_1bvr057607.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/12/rk20081205_1bvr057607.html) (consulté le 24 août 2018) ; Verfassungsgerichtshof, *V 4/06-7*, 8 juin 2006.

<sup>41</sup> Le cas *Van Oosterwijk c. Belgique* a traité la même demande mais celle-ci a été considérée non admissible à cause du non-épuisement des voies de recours internes. V. Cour européenne des droits de l'homme, *Van Oosterwijk c. Belgique*, 6 nov. 1980, Requête 7654/76.

<sup>42</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 nov. 1986, *cit.*, § 42.

<sup>43</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 7 nov. 2002, *cit.*, § 93. Dans l'arrêt *B. c. France* (1992), la Cour a trouvé que le fait qu'une personne trans\* a été forcée de révéler sa transidentité régulièrement aux tiers, car elle n'a pas pu changer la mention du genre sur aucun de ses documents officiels, constitue une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cependant, en postulant que « [p]lusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'État défendeur », la Cour ne s'est pas prononcée sur les recours spécifiques, comme l'introduction d'un processus pour la reconnaissance juridique de genre, pour remédier à la situation. V. Cour européenne des droits de l'homme, *B. c. France*, 25 mars 1992, Requête 13343/87, § 63.

affirmatives du genre<sup>44</sup>. Ce verdict a été une victoire pour les personnes trans\* en Europe car, pour la première fois, une juridiction internationale a affirmé que les États membres du Conseil de l'Europe sont obligés, dans certaines circonstances, de permettre aux individus de modifier leur genre enregistré à l'état civil. Cela implique que la mention du genre enregistrée à l'état civil n'est pas fixe et immuable. Toutefois, la décision avait ses limites en ce qui concerne la protection des droits humains des personnes trans\* ainsi que si nous l'analysons avec une perspective *queer*. Premièrement, puisque la décision concernait une personne « transsexuelle post-opérative », le verdict est seulement applicable aux personnes ayant procédé à des chirurgies affirmatives du genre, excluant les personnes qui ne les auraient pas encore entreprises, qui ne peuvent pas y accéder pour des raisons médicales et financières ou qui ne le désirent pas. Ainsi, selon le verdict, les États membres pouvaient demander des modifications corporelles comme conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre. Cette approche postule que l'identité de genre d'une personne n'est valide pour l'État que si elle correspond à l'apparence physique de cette personne d'une manière binaire. De plus, la demande de changer l'apparence d'une manière *irréversible* vise à assurer que la mention du genre enregistrée à l'état civil est stable. Ainsi, les trente-quatre États membres du Conseil de l'Europe exigeant des interventions médicales comme conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre en 2018 enregistrent l'apparence physique d'une personne trans\*, c'est-à-dire plutôt son *sexe*, à l'état civil au lieu de son identité ou son rôle social, exprimé par le concept du *genre*.

Deuxièmement, les juges ont souligné à plusieurs reprises dans l'arrêt *Goodwin* que le « transsexualisme » est une condition médicale reconnue par les institutions de santé britanniques et internationales<sup>45</sup>. Cela démontre un raisonnement fondé sur le postulat que le désir de modifier le genre juridique est valide seulement parce qu'il est provoqué par des facteurs biologiques, tels que le fait d'avoir une condition médicale. Le déterminisme biologique et la pathologisation, discutée plus en détail ci-dessous, sont clairement visibles. Troisièmement, la Cour a argumenté que le droit de *Goodwin* de modifier la mention de son genre à l'état civil est nécessaire pour garantir la cohérence du système juridique, dans la mesure où les opérations lui ayant

---

<sup>44</sup> La Cour a confirmé la décision prise dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* dans le verdict de *X c. Macédoine* (2019). Dans ce dernier arrêt, il jugeait que la Macédoine a violé l'article 8 de la CEDH en ce qu'elle n'a pas assuré un cadre réglementaire et des procédures rapides, transparentes et accessibles pour changer le genre juridique dans la carte de naissance. V. Cour européenne des droits de l'homme, *X c. République de Macédoine*, 2019, *cit.*, §§ 70-71.

<sup>45</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 7 nov. 2002, *cit.*, §§ 81, 100.

permis de changer l'apparence de ses caractéristiques sexuelles ont été rendues possibles et même financées par le service de santé national<sup>46</sup>. Ainsi, la Cour a voulu éviter que des personnes dont l'apparence physique ne correspond pas au genre enregistré à l'état civil soient empêchées de procéder au changement de ce dernier. Cela maintient clairement le système de genre binaire et reflète encore une fois l'approche selon laquelle l'apparence physique d'une personne détermine son genre enregistré à l'état civil.

B. – *La pathologisation des personnes trans\* dans l'affaire A.P., Garçon et Nicot c. France (2017)*

Suite au verdict de *Christine Goodwin*, qui conclut que l'absence de procédure pour modifier le genre à l'état civil des personnes trans\* « post-opératives » constitue une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a clarifié les conditions que les États peuvent imposer aux personnes requérantes avant d'effectuer une telle modification. Notamment, dans *A.P., Garçon et Nicot c. France (2017)* la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la condition d'une stérilisation, ou d'un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, préalable à la reconnaissance juridique du genre est une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit au respect de la vie privée<sup>47</sup>. En conséquence, les États membres du Conseil de l'Europe ne peuvent plus éviter qu'une femme trans\*, enregistrée avec un F à l'état civil, engendre un enfant ou qu'un homme trans\*, reconnu avec un M, donne naissance à un enfant. Cette situation était déjà une réalité dans plusieurs pays européens en 2008 lorsque le tribunal de grande instance de Nancy s'était prononcé sur ce cas<sup>48</sup>. Cependant, ce dernier l'a considéré comme une possibilité juridique impensable. Cité par le verdict *A.P., Garçon et Nicot c. France*, le tribunal a en effet constaté que : « Faire droit à la demande de S. Nicot aboutirait en fait à la création prétorienne d'un « troisième genre » : à savoir une personne d'apparence féminine conservant toutefois un sexe

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>47</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 135. V. également, dans le présent ouvrage, la proposition de réécriture féministe du même arrêt par Djemila Carron et Ferdinando Miranda (Chapitre 7).

<sup>48</sup> Selon ILGA Europe, 24 États membre de la Conseil de l'Europe ne demandaient pas la stérilisation comme condition préalable à la reconnaissance juridique de genre en 2011, quand le Rainbow Europe Country Index a inclus des indicateurs liés à la reconnaissance juridique du genre pour la première fois. Ainsi, c'est probable que la plupart de ces 24 pays ne la demandaient non plus en 2008, quand la Cour de Nancy a exprimé sa forte opposition à l'éliminer. V. ILGA Europe, *Rainbow Europe Country Index*, mai 2011.

anatomique externe masculin et pouvant se marier avec un homme ; dans le cas inverse, une personne d'apparence masculine conserverait les organes génitaux féminins pouvant donner, dans cette hypothèse, naissance à un enfant !!! Cette situation est en l'état de la jurisprudence totalement prohibée »<sup>49</sup>. Par conséquent, en légitimant qu'une personne juridiquement reconnue comme « homme » accouche d'un enfant, la Cour n'a pas seulement réalisé « l'horreur » à laquelle parvenait le tribunal de grande instance de Nancy, mais a aussi refusé un aspect principal du déterminisme biologique et a troublé la binarité du genre.

Même si la Cour a refusé partiellement le déterminisme biologique dans l'affaire *A.P., Garçon et Nicot c. France* (2017) en déclarant l'illégalité de la stérilisation préalable pour la reconnaissance juridique du genre, elle a validé certains traitements médicaux. En effet, le verdict ne condamne pas clairement ceux qui visent à transformer l'apparence d'une manière irréversible sans toutefois entraîner une très forte probabilité de stérilité, par exemple la mastectomie.<sup>50</sup> De plus, elle a confirmé que les États peuvent continuer de demander aux personnes de subir des examens médicaux et fournir des preuves de « la réalité du syndrome transsexuel »<sup>51</sup> ou, nommé différemment, de la dysphorie du genre dont elles « souffrent »<sup>52</sup>. Comme cela a été relevé par Benjamin Moron-Puech, ce raisonnement maintient la médicalisation du changement de la mention du genre à l'état civil et la pathologisation des personnes trans\*<sup>53</sup>. La Cour a de nouveau confirmé qu'un aspect corporel, dans ce cas un « trouble mental », peut déterminer le genre juridique d'une personne. Elle a par ailleurs affirmé que l'exigence d'un diagnostic psychologique aide à promouvoir la stabilité des changements du genre juridique<sup>54</sup>. Il s'agit, autrement dit, d'un raisonnement indiquant que la

---

<sup>49</sup> Cité par Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 48.

<sup>50</sup> Comme discuté dans l'épilogue, la Cour européenne des droits de l'homme a révisé cette position dans l'affaire *X et Y c. Roumanie* (2021), qui était rendue publique peu avant la publication de cet ouvrage. Dans cette affaire, la Cour a décidé que demander « une intervention chirurgicale de conversion sexuelle » comme condition préalable à la modification du genre dans les actes d'état civil est contraire à l'article 8 de la CEDH. Cour européenne des droits de l'homme, *X et Y c. Roumanie*, 19 jan. 2021, Requête 2145/16 et 20607/16, § 167.

<sup>51</sup> *Ibid.*, § 143.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 144, 154.

<sup>53</sup> B. MORON-PUECH, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées. Droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2017, pp. 5-7.

<sup>54</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 142.

Cour suppose que chaque personne a une « vraie » identité de genre stable qui est déterminable par des psychologues/psychiatres.

### C. – *Le refus progressif du déterminisme biologique en droit en Europe*

Bien que la Cour européenne des droits de l'homme continue à légitimer la pathologisation des personnes trans\* dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* (2017), d'autres institutions internationales, comme l'OMS ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont récemment décidé différemment. Par exemple, comme cela a déjà été mentionné, l'OMS a supprimé le diagnostic du « transsexualisme » comme trouble mental de sa nouvelle classification des maladies, adoptée en 2019<sup>55</sup>. Les soins médicaux spécifiques aux personnes trans\*, comme l'accès aux traitements affirmatifs du genre, sont maintenant classés sous le chapitre « Conditions liées à la santé sexuelle »<sup>56</sup>. Dans le futur, la Cour européenne des droits de l'homme ne pourrait plus se référer à la classification des « troubles mentaux » par l'OMS pour justifier sa décision de valider l'obligation de présenter un diagnostic de dysphorie du genre, ce qu'elle a encore fait dans son arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* (2017)<sup>57</sup>. Ce développement récent au sein de l'OMS soutient la dépathologisation des personnes trans\* et influencera probablement les pays dans leur propre classification des maladies et dans leurs politiques publiques. Il importe de noter que la pathologisation des personnes trans\* dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* est en contradiction avec une résolution émise par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2015, deux ans avant l'arrêt. La résolution concernant la discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe, pour laquelle soixante-huit parlementaires ont voté en faveur, vingt-trois contre et douze se sont abstenus<sup>f</sup> de voter, demandait aux États membres d'instaurer des procédures « fondées

<sup>55</sup> Organisation mondiale de la Santé, « ICD-11 - Mortality and Morbidity Statistics », *cit.* ; TGEU, « World Health Organisation moves to end classifying trans identities as mental illness », 18 juin 2018, accessible en ligne : <https://tgeu.org/world-health-organisation-moves-to-end-classifying-trans-identities-as-mental-illness/> (consulté le 29 juil. 2018). Bien que les organisations représentant les personnes transgenres apprécient la révision de la ICD, la classification de « l'incongruence du genre » n'est pas exempte de critiques. V. « Being trans is not a mental disorder anymore: ICD-11 is officially released | ILGA », *ILGA World*, 18 juin 2018, accessible en ligne : <https://ilga.org/icd-11-trans-not-mental-disorder> (consulté le 27 avr. 2019).

<sup>56</sup> Organisation mondiale de la Santé, « ICD-11 – Mortality and Morbidity Statistics », *cit.* ; TGEU, « World Health Organisation moves to end classifying trans identities as mental illness », *op. cit.*

<sup>57</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 139.  
<sup>f</sup> 'abstenuex'

sur l'autodétermination »<sup>58</sup> pour modifier le genre sur les documents d'identifications et d'« abolir la stérilisation et les autres traitements médicaux obligatoires, ainsi que le diagnostic de santé mentale, en tant qu'obligation juridique préalable à la reconnaissance de l'identité de genre »<sup>59</sup>. Ainsi, considérer l'identité de genre des personnes trans\* comme une pathologie en exigeant des conditions médicalisées pour modifier le genre à l'état civil est devenu un point contesté, même au sein des organes du Conseil de l'Europe. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme favorise toujours un modèle pathologisant des personnes trans\* plutôt que la protection de leur droit à l'autodétermination, une autre cour régionale, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a adopté une approche considérablement différente. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a critiqué les conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre dans l'avis consultatif émis à la demande du Costa Rica en 2018. Cet avis clarifie qu'en accord avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme, les procédures de modification de la mention du genre à l'état civil doivent être fondées sur le consentement libre et éclairé, ainsi que sur le principe d'autodétermination<sup>60</sup>. Par la suite, elle condamne les obligations de fournir des certificats médicaux, y compris psychologique ou psychiatrique, comme soutenant la pathologisation des personnes trans\*<sup>61</sup>. L'avis émis par la Cour interaméricaine des droits de l'homme est conforme au Principe 31 des Principes de Jogjakarta plus 10 selon lesquels les États doivent établir des procédures pour modifier la mention du genre à l'état civil fondées sur l'autodétermination. En ce sens, ce Principe condamne toutes les exigences préalables à une modification de l'état civil, comme les traitements médicaux ou psychiatriques<sup>62</sup>. Le Parlement européen avance dans la même direction, bien que d'une façon plus réservée et hésitante. Dans une résolution de 2018, il déplore que plusieurs États membres de l'UE demandent des interventions médicales et la stérilisation comme exigences pour modifier le genre juridique et invite les États membres à établir des procédures pour la reconnaissance juridique du genre sans conditions médicales, y compris « le consentement

---

<sup>58</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2048 (2015). La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », *cit.*, § 6. 2. 1.

<sup>59</sup> *Ibid.*, § 6. 2. 2.

<sup>60</sup> Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, 24 nov. 2017, *cit.*, § 127.

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 130.

<sup>62</sup> « Les Principes de Jogjakarta plus 10. Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application de la législation internationale 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 », *cit.*, Principe 31.

d'autorités psychiatriques »<sup>63</sup>. De plus, le Parlement invite la Commission « à donner des orientations aux États membres concernant les meilleurs modèles de reconnaissance juridique de l'identité de genre »<sup>64</sup>, une démarche que la Commission doit encore mener à bien. Comme expliqué ci-dessus, l'abolition de toute condition préalable à la reconnaissance juridique du genre n'est pas seulement demandée par quelques institutions internationales et surtout par des personnes trans\*, mais elle est déjà une réalité dans plusieurs pays. En 2012, l'Argentine a établi un précédent en la matière en éliminant toutes les conditions préalables, y compris le diagnostic de la dysphorie de genre, et en basant la procédure pour changer le genre inscrit à l'état civil ainsi que sur les documents officiels sur le principe de l'autodétermination<sup>65</sup>. Quelques États membres du Conseil de l'Europe et d'autres juridictions ont suivi l'exemple en éliminant toutes les conditions préalables pour les adultes ; on pourrait presque parler « d'une tendance internationale »<sup>66</sup>. Ainsi, dans ce modèle, aucun traitement médical ou certificat psychologique n'est utilisé pour identifier « la personne transsexuelle "vraie" »<sup>67</sup>, si l'on reprend la formule essentialiste du Tribunal de grande instance de Nancy de 2009. Le seul facteur qui compte pour la reconnaissance de son identité de genre est une auto-déclaration ; l'expression du genre et l'apparence physique, surtout celle des caractéristiques sexuelles, n'ont plus d'influence. Pourtant, cela ne contredit pas la supposition que l'identité de genre est une caractéristique stable et permanente. En effet, l'Argentine et d'autres pays avec des lois similaires au sujet de la reconnaissance juridique du genre, à l'exception de la Norvège, permettent souvent seulement un *premier* changement de genre juridique sans

<sup>63</sup> Parlement européen, « P8\_TA(2018)0056. Résolution sur la Situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016 », *op. cit.*, § 66.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Argentine, *Identidad de genero. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas*, *El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso*, 9 mai 2012, Ley 26.743.

<sup>66</sup> L'existence « d'une tendance internationale » d'établir des procédures pour modifier la mention du genre à l'état civil a été clé dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme d'affirmer une violation de l'article 8 de la CEDH dans l'arrêt de *Christine Goodwin v. Royaume-Uni* (2002). V. Cour européenne des droits de l'homme, *Christine goodwin c. Royaume-Uni*, 7 nov. 2002, *cit.*, § 84. Des États qui ont suivi l'Argentine incluaient (non-exhaustivement) : Danemark, L 182, *cit.* ; Malte, *Acte No. XI de 2015, cit.* ; Ireland, *Gender Recognition Act, 2015* ; Republica de Colombia, *Decreto 1227*, 4 juin 2015 ; Ville de Mexico, *Asamblea Legislativa del Distrito Federal, VI Legislatura, Código Civil para el Distrito Federal*, 5 févr. 2015 ; Argentine, *Ley 26.743, cit.* ; Belgique, Loi 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, 25 juin 2017, 2017-06-25/03 ; Portugal, *Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa*, Assembleia da República, Reunião N.º 105-XIII Leg. 3.ª Ses., 7 déc. 2018, 203/XIII ; Luxembourg, No. 797, *cit.*

<sup>67</sup> Tribunal de grande instance de Nancy, 13 mars 2009, cité par Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, *cit.*, § 48.

satisfaire de conditions. Le processus pour changer le genre juridique une deuxième fois est souvent plus compliqué<sup>68</sup>. Quelques pays, comme l'Irlande, imposent de plus que la personne concernée déclare avoir « l'intention bien établie et solennelle de vivre dans le genre choisi jusqu'à la fin de ses jours »<sup>69</sup>. L'exigence de la plupart des pays européens de mentionner un même genre sur tous les documents d'identification montre de plus que les organes législatifs supposent que chaque personne a une seule « vraie » identité de genre stable qui fait partie de sa personnalité juridique<sup>70</sup>.

Pour conclure, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé partiellement le déterminisme biologique, plus précisément en interdisant l'exigence d'une stérilité pour la reconnaissance juridique de genre, mais l'a reproduit en validant la condition d'un diagnostic préalable de dysphorie de genre. Elle a donc légitimé le fait que l'existence diagnostique d'un trouble mental, ainsi qu'un facteur corporel, puisse fonctionner comme validation ou invalidation d'une identité de genre sur le plan juridique. Cependant, d'autres institutions européennes, par exemple l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, et d'autres organes juridiques internationaux, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme préconisent de fonder la reconnaissance juridique du genre sur l'autodétermination, en abolissant toutes les conditions préalables. Il est probable que la Cour européenne des droits de l'homme change son approche dans le futur si la « tendance internationale » d'éliminer toutes conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre continue de la sorte.

### III. LA DUALITÉ DU GENRE DANS LE DROIT EN EUROPE

---

<sup>68</sup> M. VAN DEN BRINK, D. SNAATHORST, *Doing Gender Identity Justice. Evaluation Three Years Transgender Legislation in the Netherlands. 2014-2017*, Université d'Utrecht, 2017, p. 7.

<sup>69</sup> Ireland, 25, *cit.*, § 10(1)(f)(ii). Traduit de l'anglais en français par l'auteure.

<sup>70</sup> Malte et le Danemark sont des exceptions en Europe parce qu'ils permettent de noter un X sur le passeport et la carte d'identification d'une personne, tandis que l'acte de naissance de la personne continue de mentionner un F ou un M. Certains états avec un système juridique de *common law*, par exemple l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, permettent également que les documents officiels affichent des genres différents, comme X sur le permis de conduire et F sur le passeport. V. S. GÖSSL, « Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht », *StAZ - Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrechts, internationales Privatrecht des In- und Auslands*, 2013, pp. 301-305 ; M. VAN DEN BRINK, P. REUSS, J. TIGCHELAAR, « Out of the box? Domestic and private international law aspects of gender registration: a comparative analysis of Germany and the Netherlands », *European Journal of Law Reform*, 17/2 (2015) p. 284 ; K. MARY, « The formal recognition of sex identity », *Australian Journal of Family Law*, 28 (2014), p. 285.

Les sections précédentes établissent que le droit européen concernant la reconnaissance juridique du genre, tel que constitué par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, suppose que la mention du genre à l'état civil est partiellement déterminée par des facteurs corporels. La présente section va exposer que le droit en Europe est également fondé sur le postulat que seuls deux genres légitimes existent. Ce postulat est resté invisible pendant longtemps du fait de son statut de « normalité », mais comme des personnes non-binaires réclament de plus en plus leur reconnaissance juridique en Europe et ailleurs dans le monde, certaines institutions juridiques en Europe ont été amenées à reconsidérer leur vision binaire du genre. Cela confirme la logique de Butler qui montre que la performativité du genre est seulement exposée lorsque les normes binaires de genre sont transgressées, par exemple par des actes de parodie, comme les performances de *drag*, et par la demande de la reconnaissance juridique des genres non-binaires<sup>71</sup>. Les théories *queers* sont issues du poststructuralisme, une approche épistémologique déconstructiviste qui reconnaît que le pouvoir est localisé, dispersé et multiple, et est constitué par de nombreux acteurs<sup>g</sup>. Jacques Derrida, l'un des poststructuralistes les plus célèbres, s'est focalisé sur l'analyse des oppositions qui créent deux concepts binaires : l'un étant systématiquement dévalorisé comme « déviation » de l'autre, la « norme »<sup>72</sup>. Par exemple, la dichotomie homme/femme signifie deux objets complémentaires ; aucun ne peut exister sans l'autre et les deux sont dans une relation hiérarchique. Comme analysé par la suite, le droit en Europe au niveau régional et national est basé sur cette dichotomie qui rend toutes les autres identités de genre invisibles. Comme la dualité du genre est surtout transgressée par des demandes de reconnaissance des identités de genre non-binaires au niveau national, je me concentrerai dans les sections suivantes sur des exemples tirés du droit interne en Europe, complétant ainsi l'analyse du droit émis par des institutions européennes.

#### A. – *La reproduction du status quo par des institutions juridiques européennes*

Les cours européennes ne se sont jamais prononcées sur la question de savoir si, selon les traités européens, un individu a le droit d'être enregistré avec un genre non-binaire. Néanmoins, la Cour européenne des droits de

<sup>71</sup> J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, *op. cit.*, p. 261 et s.

<sup>g</sup> 'nombreux acteurs'

<sup>72</sup> N. SULLIVAN, *A Critical Introduction to Queer Theory*, New York, NYU Press, 2003, pp. 39-40.

l'homme devrait le faire bientôt dans une affaire contre la France concernant la demande d'une personne intersexe<sup>73</sup> de changer la mention de son genre à l'état civil pour « sexe neutre » ou « intersexe »<sup>74</sup>. Le verdict fera suite aux initiatives d'autres organes internationales et régionales qui ont discuté la question des genres juridiques non-binaires. De son côté, la majorité de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a rejeté le fait que le genre inscrit sur les actes de l'état civil soit forcément femme ou homme. Dans sa résolution concernant les personnes trans\* en 2015, et alors que la discussion sur les genres non-binaires n'en était qu'à ses débuts dans le monde juridique en Europe, l'Assemblée parlementaire a appelé les États membres du Conseil de l'Europe à envisager d'établir une troisième option de genre sur les documents d'identification<sup>75</sup>. Elle a répété cette approche en 2017 dans une résolution concernant les droits des personnes intersexes, dans laquelle elle a invité les États à veiller à ce qu'existe « un ensemble d'options pour tous, y compris pour les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme »<sup>76</sup>. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ainsi que l'Agence des droits fondamentaux de l'UE se sont également prononcés pour la possibilité de permettre la mention d'un genre non-binaire sur les documents officiels<sup>77</sup>. À ce jour, la seule juridiction internationale qui a reconnu l'existence des personnes non-binaires est la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Elle a en effet constaté dans son avis consultatif en 2018 que « certaines personnes ne s'identifient pas comme des hommes ou des femmes ou s'identifient comme les deux »<sup>78</sup>. En plus, elle a spécifié que, selon la Convention américaine relative aux droits de l'homme, les personnes avec des identités de genre diverses doivent avoir le droit d'être reconnues comme telles<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Dans cette contribution, j'utilise le terme « intersexe » pour me référer aux personnes avec des caractères sexuels qui ne correspondent pas aux définitions normatives du sexe masculin ou du sexe féminin. Comme souligné par l'Organisation internationale intersexe en Europe (OII Europe), les questions liées aux caractéristiques sexuelles doivent être distinguées de celles concernant les identités/expressions de genre. D. C. GHATTAS, *Standing up for the human rights of intersex people – how can you help?*, OII Europe, ILGA-Europe, 2015, p. 20.

<sup>74</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Y c. France*, introduite le 31 oct. 2017, Requête 76888/17.

<sup>75</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2048 (2015). La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », *cit.*, § 6.2.4.

<sup>76</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2191 (2017). Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 2017, § 7.3.3.

<sup>77</sup> Commissaires aux droits de l'homme du Conseil d'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015, p. 9 ; The European Union Agency for Fundamental Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015, p. 8.

<sup>78</sup> Traduit de l'anglais par l'autrice, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, 24 nov. 2017, *cit.*, p. 17.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 115.

B. – *Deux pas en avant et un en arrière pour les institutions juridiques nationales*

Bien que les institutions des organisations internationales et supranationales en Europe ne se soient pas encore prononcées sur les demandes émises par des personnes réclamant leur droit de s'enregistrer avec un genre non-binaire à l'état civil, certaines institutions juridiques au niveau national ont récemment été confrontées à ces demandes. Par conséquent, quelques pays en Europe ont introduit des « troisièmes » catégories juridiques de genre ou ont lancé un processus pour les introduire<sup>80</sup>. Ces pays suivent l'exemple des États et États fédérés d'autres continents, comme l'Australie<sup>81</sup>, la Californie<sup>82</sup> et l'Inde<sup>83</sup>, qui ont déjà introduit des catégories juridiques non-binaires. L'introduction d'une nouvelle catégorie juridique de genre est souhaitée par plusieurs mouvements et organisations militant pour les personnes non-binaires en Europe<sup>84</sup>. Pourtant, il faut analyser en détail les lois introduisant ces catégories pour révéler jusqu'à quel degré elles refusent réellement la dualité du genre. Dans cet effort d'analyse, il est utile de considérer trois dimensions des lois concernées: le champ d'application des

<sup>80</sup> Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, 18 déc. 2018, Bundesgesetzblatt Teil I 2018 Nr. 48 21.12.2018 S. 2635 ; Bundesministerium Inneres, « BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018. Verwaltungsangelegenheiten - Sonstige; Personenstandswesen Erkenntnis des VfGH vom 15. Juni 2018, G 77/2017-9, zu § 2 Abs. 2 Z 3 PStG 2013 - Umsetzung zu Varianten der Geschlechtsentwicklung ("3. Geschlecht") », 20 déc. 2018 ; Rechtbank Limburg, Roermond, C / 03/232248 / FA RK 17-687, 28 mai 2018 ; Scottish Government, « Review of the Gender Recognition Act 2004 », 9 nov. 2017, accessible en ligne : <http://www.gov.scot/Publications/2017/11/5459/347312> (consulté le 21 mai 2018) ; Cour constitutionnelle de Belgique, *Arrêt n° 99/2019*, 19 juin 2019.

<sup>81</sup> High Court of Australia, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, 2 avr. 2014, S273/2013.

<sup>82</sup> Legislative Council California, Senate Bill No. 179, Chapter 853, 16 oct. 2017.

<sup>83</sup> Supreme Court of India, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, 15 avr. 2014, writ petition (civil) No. 400 of 2012 and writ petition (civil) No. 604 of 2013.

<sup>84</sup> TGEU, « TGEU Position paper on Gender Markers », 19 juil. 2018, accessible en ligne : <https://tgeu.org/tgeu-position-paper-on-gender-markers/> (consulté le 29 juil. 2018) ; *Dritte Option, Statement der Kampagne „Dritte Option“ zur anstehenden Gesetzesreform*, 12 janv. 2018. Toutes les personnes non-binaires ne souhaitent pas l'introduction des catégories juridiques non-binaires. Certaines soutiennent plutôt l'élimination de la mention du genre sur des documents officiels, puisque cette mesure pourrait permettre d'éviter qu'une personne avec une expression de genre, qui ne correspond pas à la mention du genre sur ses documents d'identification, soit maltraitée ou discriminée. Une enquête réalisée auprès de personnes non-binaires au Royaume-Uni montre que 41.2% des 985 personnes interrogées souhaitent que la mention du genre soit éliminée des documents officiels, tandis que 72% désirent l'introduction des catégories juridiques non-binaires. V. VALENTINE, *Non-binary people's experiences in the UK*, Edinburgh, Scottish Trans Alliance, Equality Network, 2015, p. 73.

lois, les termes utilisés pour nommer les nouvelles catégories de genre et la mesure dans laquelle les nouvelles catégories présentent une option viable en étant accompagnées par des modifications des lois qui différencient en fonction du genre et qui assurent la protection contre la discrimination. Une analyse des développements récents en Allemagne permet d'éclairer ces trois dimensions critiques. La première dimension, le champ d'application des lois, est le point le plus controversé en ce qui concerne la nouvelle loi allemande qui permet l'enregistrement d'une « troisième » catégorie juridique du genre depuis la fin de l'année 2018. En Novembre 2017, l'Allemagne a fait la une de la presse mondiale quand sa Cour constitutionnelle a déclaré la loi en matière d'état civil inconstitutionnelle parce qu'elle ne reconnaît pas les personnes qui ne sont ni femme ni homme et oblige la notification du genre à l'état civil. La Cour a donc ordonné aux organes législatifs de rectifier ces défauts en introduisant une nouvelle catégorie juridique de genre ou en éliminant complètement l'enregistrement du genre à l'état civil avant la fin 2018<sup>85</sup>. Le Ministère de l'intérieur allemand, qui a été mandaté pour établir un projet pour la nouvelle loi, a choisi la première option et a conçu un projet de loi assez restrictif, seulement accessible aux personnes intersexes. En décembre 2018, en adoptant ce projet, le *Bundestag* allemand a donc introduit la possibilité de changer de genre juridique pour la catégorie « divers », à condition de fournir les attestations médicales ou, dans des cas exceptionnels, un affidavit prouvant que les personnes en question sont intersexes<sup>86</sup>. Cette limitation de la catégorie « divers » aux personnes intersexes n'est pas seulement contraire au principe d'autodétermination, et ainsi aux demandes de nombreuses personnes non-binaires et personnes intersexes<sup>87</sup>, elle reflète aussi le déterminisme biologique et la pathologisation des personnes intersexes non-binaires. Elle suit une approche essentialiste en postulant que les caractéristiques sexuelles qui ne sont pas considérées comme normatives pour le sexe masculin ou féminin causent une identité de genre non-binaire. Comme souligné par de nombreux activistes, si un certain groupe seulement, dans ce cas des personnes intersexes, peut s'enregistrer avec une catégorie

<sup>85</sup> Bundesverfassungsgericht, *1 BvR 2019/16*, 10 oct. 2017, *cit.*

<sup>86</sup> Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, Bundesgesetzblatt Teil I 2018 Nr. 48 21.12.2018 S. 2635, *cit.* art. 1. L'Autriche a implémenté le verdict de la Cour constitutionnelle sur une « troisième » catégorie de genre d'une façon similaire à l'Allemagne. Bundesministerium Inneres, « BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018. Verwaltungsangelegenheiten - Sonstige; Personenstandswesen Erkenntnis des VfGH vom 15. Juni 2018, G 77/2017-9, zu § 2 Abs. 2 Z 3 PStG 2013 - Umsetzung zu Varianten der Geschlechtsentwicklung ("3. Geschlecht") », *cit.*

<sup>87</sup> Dritte Option, *Statement der Kampagne „Dritte Option“ zur anstehenden Gesetzesreform*, *op. cit.*

non-binaire, la binarité du genre est renforcée, non affaiblie<sup>88</sup>. Ainsi, la loi allemande médicalise l'identité de genre en exigeant une attestation médicale pour effectuer un changement vers la catégorie de genre « divers ». Cela crée une vision des personnes intersexes comme une déviation « médicale » à la norme binaire<sup>89</sup>. Plusieurs procédures juridiques en Allemagne examinent actuellement si les limites posées à l'accès à la catégorie « divers » sont une violation de la Constitution allemande<sup>90</sup>. En effet, cet accès est limité aux personnes intersexes, ce qui signifie que les personnes endosexes<sup>91</sup> qui s'identifient comme non-binaires en sont exclues. Le deuxième aspect à considérer lorsqu'il s'agit de savoir si une loi introduisant une catégorie juridique non-binaire s'oppose effectivement à la binarité du genre, ou au contraire la réaffirme, porte sur les termes utilisés pour nommer cette nouvelle catégorie. Dans son premier projet de la loi visant à implémenter le verdict de la Cour constitutionnelle, publié en juin 2018, le Ministère de l'intérieur allemand a choisi « *Weiteres* », qui signifie « autre » en français, comme nom pour la nouvelle catégorie. Des mouvements allemands réclamant la reconnaissance juridique des personnes non-binaires ont contesté ce terme parce qu'il ne constitue pas une description positive des identités de genre non-binaires mais au contraire les démarque comme « différentes »<sup>92</sup>. Le terme « autre » subordonne la nouvelle catégorie directement à l'existence de genres binaires et la décrit encore une fois comme une exception à la règle. La notion de binarité de genre s'est donc développée afin de considérer les identités de genre binaires comme des normes tandis que les personnes non-binaires sont traitées comme des dérogations à la norme. Pour éviter cette altérisation des personnes non-binaires, des organisations et mouvements

---

<sup>88</sup> Mauro Cabral cité par J. BYRNE, *License to be yourself: Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, New York, NY, Open Society Foundations, 2014, p. 21.

<sup>89</sup> Le principe d'autodétermination serait également enfreint si les organes juridiques prenaient pour acquis que toutes personnes trans\* ou toutes personnes intersexes s'identifient avec un genre non-binaire. Ce problème existe par exemple au Bangladesh, où les individus peuvent seulement changer leur genre juridique pour une « troisième » catégorie, « hijra », pas de F à M ou l'inverse. « Bangladesh: Transgender Men Fear for Their Safety », *Human Rights Watch*, 19 janv. 2018, accessible en ligne : <https://www.hrw.org/news/2018/01/19/bangladesh-transgender-men-fear-their-safety> (consulté le 13 juin 2018) ; Z. CHIAM, S. DUFFY, M. GONZÁLEZ GIL, *Trans Legal Mapping Report: Recognition before the law*, Geneva, ILGA World, 2017, p. 27.

<sup>90</sup> Par ex : Bundesgerichtshof, *XII ZB 383/19*, 22 avr. 2020; Amtsgericht Münster, *22 III 36/19*, 16 déc. 2019.

<sup>91</sup> Le terme « endosexé » a récemment été créé en référence aux personnes dont les caractères sexuels correspondent aux définitions normatives du sexe masculin ou du sexe féminin. Ainsi, il propose une alternative au terme « non-intersexé ».

<sup>92</sup> Dritte Option, « Stellungnahme der Kampagnengruppe Dritte Option zum Referentenentwurf: Gesetzesentwurf widerspricht in fast allen Punkten den Bedarfen der Betroffenen », 7 mars 2018, § III, accessible en ligne : <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2018/07/Stellungnahme-Referentenentwurf.pdf>.

militants ont proposé le terme « divers » pour nommer la nouvelle catégorie<sup>93</sup>. Cette proposition a finalement été acceptée par le Ministère de l'intérieur dans sa deuxième version du projet de la loi, adoptée par le Bundestag en décembre 2018<sup>94</sup>. Le troisième aspect qui indique jusqu'à quel degré une loi introduisant une nouvelle catégorie de genre refuse réellement la dualité du genre est la mesure dans laquelle l'adoption de la catégorie est vraiment une option praticable et réaliste pour les personnes non-binaires. Par exemple, à ma connaissance, la modification de la loi allemande sur l'état civil échoue à faire avancer les changements législatifs nécessaires pour assurer la sécurité juridique des personnes adoptant la nouvelle catégorie. L'Institut allemand des droits humains constate que l'introduction d'une nouvelle catégorie juridique de genre implique la modification des lois allemandes qui font une différence entre les femmes et les hommes, par exemple des lois concernant l'âge légal de la retraite pour des personnes nées avant 1952, le service militaire et l'hébergement dans les prisons<sup>95</sup>. Si les lois qui font une différence entre les individus selon leur genre ne sont pas rendues neutres du point de vue du genre ou ne spécifient pas les droits ou les obligations des personnes reconnues dans la catégorie de genre « divers », ces dernières se trouveront dans des situations d'incertitude juridique. De plus, pour assurer le droit à la non-discrimination des personnes non-binaires, l'Institut allemand des droits humains recommande l'insertion de *l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles* comme motifs de discrimination interdits dans la loi allemande contre la discrimination<sup>96</sup>. Pourtant, pour effectivement prévenir la discrimination des personnes non-binaires, il faudrait faire des campagnes pour sensibiliser le public sur la diversité des identités de genre, ainsi qu'informer la communauté internationale pour que d'autres pays ne portent pas préjudice aux personnes avec des passeports qui montrent un X comme marqueur du genre. Ainsi, pour que les catégories juridiques non-binaires constituent des options que les personnes non-binaires souhaitent adopter, leurs introductions doivent être accompagnées par d'autres modifications législatives, une protection compréhensive contre la

<sup>93</sup> OII Europe et TGEU, « Gemeinsamer Kommentar von OII Europe und Transgender Europe zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat "Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben" vom 05. Juni 2018 », 19 juil. 2018 ; Dritte Option, « Stellungnahme der Kampagnengruppe Dritte Option zum Referentenentwurf: Gesetzesentwurf widerspricht in fast allen Punkten den Bedarfen der Betroffenen », *op. cit.*

<sup>94</sup> Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, Bundesgesetzblatt Teil I 2018 Nr. 48 21.12.2018 S. 2635, *op. cit.*

<sup>95</sup> N. ALTHOFF, G. SCHABRAM, P. FOLLMAR OTTO, *Gutachten. Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*, Berlin, Deutsches Institute für Menschenrechte, 2017, pp. 32-43.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pp. 35, 78-79.

discrimination des personnes concernées et la mise en œuvre de campagnes de sensibilisation du public<sup>97</sup>. Comme l'analyse de la loi allemande a montré, les détails des lois reconnaissant les personnes non-binaires sont importants pour comprendre jusqu'à quel degré la binarité de genre est réellement dépassée. Si les catégories juridiques non-binaires sont implémentées de façon contradictoire au droit à l'autodétermination, les États font deux pas en avant et un en arrière. La loi adoptée par le Bundestag allemand met en œuvre le verdict de la Cour constitutionnelle de telle manière à ce que la vision binaire et biologique du genre ne soit en fin de compte pas abandonnée mais juste adaptée. La binarité de genre est donc soutenue lorsque la nouvelle catégorie est vue comme « une exception à la règle », pas un changement de la règle.

#### IV. LE GENRE COMME FACTEUR DÉTERMINANT POUR LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN EUROPE

J'ai déjà traité le déterminisme biologique et la dualité de genre comme deux éléments qui influencent la définition de l'identité de genre dans le droit en Europe. Un troisième élément est la conviction que le genre est un facteur important pour définir la personnalité juridique des individus. Jusqu'à présent, les États membres du Conseil de l'Europe enregistrent *généralement* le genre ou le sexe sur l'acte de naissance et dans l'état civil ou d'autres registres similaires<sup>98</sup>. Par conséquent, contrairement à d'autres catégories sociales, telles que l'ethnie et la religion, le genre est toujours une caractéristique personnelle qui détermine les droits et les obligations d'une personne et qui est inscrite sur la plupart des actes de l'état civil en Europe<sup>99</sup>. Une interprétation *queer*, basée sur la pensée de Foucault, verrait l'enregistrement du genre à l'état civil comme un outil de contrôle permettant à l'État de

---

<sup>97</sup> En plus de la critique contre la modification de la loi relative au statut personnel, les représentants ['représentans'] des personnes intersexes ont critiqué le fait que l'Allemagne n'ait pas avancé sur l'objectif d'interdire les mutilations génitales faites aux enfants intersexes. « New draft bill in Germany fails to protect intersex people », *OII Europe*, 20 août 2018, accessible en ligne : <https://oii.europe.org/new-draft-bill-in-germany-fails-to-protect-intersex-people/> (consulté le 17 déc. 2018).

<sup>98</sup> Commissaires aux droits de l'homme du Conseil d'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, cit., p. 37.

<sup>99</sup> Quelques pays en dehors de l'Europe, comme le Pakistan, mentionnent la religion sur leurs passeports. En effet, la Commission Européenne a exprimé sa préoccupation que la mention de la religion sur le passeport pakistanais peut constituer une source de discrimination contre les minorités religieuses. V. Ferrero-Waldner on behalf of the Commission, « Answer to a written question - Religion Column in Passports - E-2419/2005 », *European Parliament*, 21 sept. 2005, accessible en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2005-2419&language=IT> (consulté le 25 juil. 2018).

discipliner les personnes dans le développement de leurs identités de genre par le biais d'un processus « d'assujettissement »<sup>100</sup>. Ratna Kapur constate également que les droits sont des instruments de gouvernance pour discipliner et régler le sujet des droits humains<sup>101</sup>. Ce contrôle étatique contredit le but des théories *queers* de déconstruire, dénaturer et déstabiliser les catégories liées à la sexualité, au genre et au sexe<sup>102</sup>. En ce sens, même si un État reconnaît de multiples catégories juridiques non-binaires en plus des catégories binaires, le fait que le genre soit enregistré par l'État peut être perçu comme un outil pour gouverner et discipliner les relations de genre de la population<sup>103</sup>. En plus, l'enregistrement crée toujours de l'exclusion, celle des identités qui ne rentrent pas dans une catégorie offerte par l'État, par exemple des personnes qui s'identifient comme étant sans genre, non-genrées ou *agenres*. Bien qu'aucun pays n'ait jusqu'à maintenant éliminé l'enregistrement officiel du genre à l'état civil, quelques institutions ont récemment commencé à questionner la position du genre comme facteurs pertinents pour la définition de la personnalité juridique. En 2013, la Déclaration de Malte, les conclusions du troisième Forum International Intersexe, a proposé qu'à l'avenir, le sexe ou le genre ne soit plus mentionné sur les certificats de naissance ou autres documents d'identification<sup>104</sup>. Cette approche a été suivie par les Principes de Jogjakarta plus 10, publiés en 2017, qui réclament également l'élimination de l'indication du sexe ou du genre sur les documents d'identification et à l'état civil<sup>105</sup>. Dans sa résolution concernant les droits des personnes intersexes de 2017, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite ses États membres à « rendre facultatif pour tous l'enregistrement du sexe sur les certificats de naissance et

<sup>100</sup> Foucault décrit « le système du droit » comme un agent de domination et une technique d'assujettissement. M. FOUCAULT, « Two Lectures », *Power/knowledge: selected interviews and other writings, 1972-1977*, C. GORDON (dir.), New York, Pantheon Books, 1980, p. 96.

<sup>101</sup> R. KAPUR, *Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl*, Northampton, MA, Edward Elgar Pub, 2018, p. 3.

<sup>102</sup> E.g. J. BUTLER, *Trouble dans le genre*, cit. ; Id., *Défaire le genre*, Paris, Amsterdam, 2006 ; E. K. SEDGWICK, *Épistémologie du placard*, cit. ; L. EDELMAN, « Queer Theory: Unstating Desire », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 2/ 4 (1995), pp. 345-348.

<sup>103</sup> Dans le livre *The biopolitics of gender*, Jemima Repo discute comment le genre est utilisé comme un outil biopolitique pour reproduire la population et le pouvoir économique en Europe. J. REPO, *The Biopolitics of Gender*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015.

<sup>104</sup> « Déclaration de Malte (Conclusions du 3<sup>e</sup> Forum International Intersexe) », *Collectif Intersexes et Allié.e.s*, 31 oct. 2016, accessible en ligne : <https://collectifintersexesetalliees.org/2016/10/31/conclusions-du-3e-forum-international-intersexe/> (consulté le 25 juil. 2018).

<sup>105</sup> « Les Principes de Jogjakarta plus 10. Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application de la législation internationale 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 », cit. Principe 31 (A).

autres documents d'identité »<sup>106</sup>. De plus, en encourageant les États membres de l'UE à établir « des procédures souples pour changer les marqueurs de genre, pour autant qu'ils continuent d'être déclarés »<sup>107</sup>, le Parlement européen a considéré la possibilité que le genre ne fasse plus partie de la personnalité juridique des individus dans le futur. Ces développements remettent en question l'utilité d'enregistrer le genre à l'état civil. *Le droit à une identité de genre* est normalement formulé comme un droit positif, qui crée l'obligation étatique de reconnaître le « vrai » genre d'une personne. Cependant, on peut aussi l'analyser depuis la perspective du droit négatif, selon laquelle un État doit *s'abstenir* de classer une personne dans une catégorie juridique sans son consentement explicite. Ce raisonnement signifierait que le droit à une identité de genre inclut aussi le droit de ne pas avoir de genre enregistré à l'état civil, comme la liberté de religion comprend aussi la liberté de ne pas faire partie d'une religion<sup>108</sup>.

#### A. – Des exceptions à l'enregistrement universel du genre à l'état civil

Le genre est mentionné sur la plupart des documents officiels, comme l'acte de naissance et les cartes d'identification, mais il n'est pas affiché sur *tous* les documents. Par exemple, la majorité des permis de conduire émis par les États membres du Conseil de l'Europe n'énoncent pas le genre. Néanmoins, bien que le genre ne soit pas mentionné sur un certain document d'identification, il peut tout de même être noté dans le registre lié à ce document<sup>109</sup>. Certains pays, comme les Pays-Bas, ont commencé à mettre en question la mention du genre sur tous les documents officiels<sup>110</sup>. En conséquence, quelques institutions publiques et privées néerlandaises ont éliminé la mention du genre de leurs cartes, comme les cartes de transport

---

<sup>106</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2191 (2017). Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », *cit.*, § 7.3.4.

<sup>107</sup> Parlement européen, « P8\_TA(2019)0128 Résolution sur les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019, § 9.

<sup>108</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Dimitras et autres c. Grèce*, juin 2010, Requêtes 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08.

<sup>109</sup> Par exemple, cela est le cas pour des permis de conduire en Pays-Bas. Source : M. van den BRINK, entretien personnelle par email, 31 mai 2018.

<sup>110</sup> Australian Government, *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, 2013, p. 6 ; Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Modernisering Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens (GBA)*, *Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap*, s.d.

public et les cartes d'étudiants<sup>h</sup><sup>111</sup>. Toutefois, éliminer la mention du genre sur des cartes d'identification, comme les cartes d'étudiants<sup>i</sup>, ne change pas l'état civil, qui garde une référence au genre. En plus, la mention du genre est aussi maintenue sur les passeports néerlandais, ce qui est en accord avec les directives de l'Organisation de l'aviation civile internationale prescrivant de noter le genre sous la forme de F, M ou X sur les documents de voyage<sup>112</sup>. Cocher une case F ou M est aussi souvent demandé pour conclure un contrat privé. Beaucoup d'entreprises collectent des informations sur le genre de leur clientèle pour définir des stratégies marketing ciblées aux différents groupes. Par exemple, UBS Suisse envoie des publicités différentes et stéréotypées à ses clients<sup>j</sup> selon le genre indiqué sur leur contrat bancaire. Ainsi, les personnes enregistrées comme « femme » chez UBS sont encouragées à épargner de l'argent pour pouvoir acheter une nouvelle robe du soir ou des rouges à lèvres<sup>113</sup>. La clientèle ne sait presque jamais que selon le droit suisse, on peut refuser d'indiquer son genre sur la plupart des contrats privés, « si cette information n'est pas nécessaire à la conclusion du contrat »<sup>114</sup>. La Cour constitutionnelle allemande a encouragé la discussion sur la possibilité d'abolir complètement l'enregistrement du genre ou du sexe à l'état civil quand elle a envisagé cette option pour remédier à la discrimination des personnes non-binaires dans sa décision mentionnée ci-dessus<sup>115</sup>. Quand bien même le Ministère de l'intérieur a préféré l'introduction d'une catégorie juridique non-binaire pour implémenter le verdict, la Cour a forcé le Ministère de l'intérieur à considérer l'élimination de l'enregistrement du genre. L'explication de la loi note qu'éliminer la mention du genre à l'état civil causerait des problèmes juridiques étant donné qu'il existe des lois qui créent des effets différents selon le genre de la personne concernée<sup>116</sup>. Pour donner un exemple, l'explication fait référence aux lois qui créent des conséquences

---

<sup>h</sup> 'étudiants'

<sup>111</sup> Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Modernisering Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens (GBA)*, Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, op. cit., p. 5.

<sup>i</sup> 'étudiants'

<sup>112</sup> International Civil Aviation Organization, *Machine Readable Travel Documents. Part 4 — Specifications for Machine Readable Passports (MRPs) and other TD3 Size MRTDs*, Seventh edition, 2015, p. 14.

<sup>j</sup> 'clients'

<sup>113</sup> Témoignage d'une proche.

<sup>114</sup> Law Clinic, *Les Droits des Personnes LGBT*, Genève, UNIGE, Faculté du Droit, 2018, p. 86. En effet, les contrats bancaires sont une exception parce que les personnes concluaient un contrat avec une banque peuvent être obligées d'indiquer un genre.

<sup>115</sup> Bundesverfassungsgericht, *1 BvR 2019/16*, 10 oct. 2017, cit., § 65.

<sup>116</sup> Bundesrat, « Drucksache 429/18. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben », 9 juil. 2018, p. 5.

différentes pour les couples mariés de même genre et ceux de genre différent dans le cas d'un divorce et s'il y a un lien avec une juridiction étrangère<sup>117</sup>. Cela démontre que si le genre était éliminé comme catégorie juridique, les lois qui font une différence selon le genre devraient toutes être rendues neutres du point de vue du genre. Bien que l'Allemagne garde l'enregistrement général du genre à l'état civil, ce pays prévoit déjà quelques exceptions à l'enregistrement obligatoire. La Cour constitutionnelle a confirmé les verdicts des cours des instances inférieures selon lesquels le paragraphe 22 (3) de la loi en matière d'état civil crée le droit de supprimer la mention de son genre à l'état civil<sup>118</sup>. Cette possibilité juridique pour les personnes intersexes a été codifiée lors de la modification de loi relative au statut personnel en 2018. Ainsi, il existe la possibilité, au moins pour des personnes intersexes, d'effacer la mention du genre à l'état civil et de rester sans genre juridique en Allemagne, une option que quelques personnes, encore minoritaires, ont déjà choisie<sup>119</sup>. L'exception à l'enregistrement obligatoire du genre à l'état civil en Allemagne est basée sur le paragraphe 22 (3) de la loi en matière d'état civil, introduit en 2013. La clause prévoit que les nouveau-nés<sup>k</sup> intersexes avec des caractéristiques sexuelles qui ne sont pas considérées normatives pour le sexe masculin ou féminin peuvent être enregistrés<sup>l</sup> sans genre juridique ou, depuis la modification de loi relative au statut personnel en décembre 2018, avec la catégorie « divers » dans le registre des naissances<sup>120</sup>. Une fois que le personnel médical a attribué un sexe binaire à l'enfant, la mention du genre d'une façon binaire peut être ajoutée à l'état civil sous réserve que les attestations médicales indiquant le sexe soient fournies. Selon ce paragraphe, les enfants intersexes peuvent en principe rester sans genre juridique ou avec le genre « divers » si ces attestations ne sont jamais fournies au bureau de l'état civil. L'introduction du paragraphe 22 (3) de la loi en matière d'état civil en 2013 a été fortement critiquée par des organisations de personnes intersexes, parce que la loi a été initialement formulée comme une obligation de reporter l'enregistrement du genre des enfants intersexes. Cela pourrait constituer un *outing* forcé et stigmatiser les enfants intersexes. En conséquence, cela augmente le risque qu'ils soient soumis à des mutilations

<sup>117</sup> Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (BGBEG), 18 août 1896 art. 13, 17(b).

<sup>118</sup> Oberlandesgericht Celle, 14 W 28/14, 21 janv. 2015 ; Oberlandesgericht Celle, 17 W 5/17, 11 mai 2017 ; Bundesgerichtshof, XII ZB 52/15, 22 juin 2016 ; Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2019/16, 10 oct. 2017, *cit.*, §§ 13, 43.

<sup>119</sup> Oberlandesgericht Celle, 17 W 5/17, 11 mai 2017, *cit.* La question qui a le droit de supprimer la mention de son genre à l'état en satisfaisant quelles conditions est encore débütée en Allemagne. Un verdict récent concernant ce sujet est : Bundesgerichtshof, XII ZB 383/19, 22 avr. 2020.

<sup>k</sup> ' nouveau-nés'

<sup>l</sup> ' enregistrés'

<sup>120</sup> Personenstandsgesetz, 19 févr. 2007, § 22 (3).

génitales pour changer l'apparence de leurs caractéristiques sexuelles afin que les médecins puissent leur attribuer un sexe binaire<sup>121</sup>. Dans ce cas, l'enregistrement à l'état civil sans genre ne serait pas une « libération » de la force étatique contrôlant l'attribution à un genre juridique mais constituerait une autre forme d'oppression et contredirait le principe d'autodétermination. La modification de la loi en matière d'état civil en 2018 a néanmoins confirmé que ne pas enregistrer un genre à l'état civil, ou enregistrer la catégorie « divers », est une *option*, non pas une obligation.

Le droit concernant l'enregistrement de la naissance à Malte évite certains problèmes qui apparaissent dans la loi allemande en permettant à tout parent<sup>m</sup> de reporter l'enregistrement du genre de leurs enfants à l'état civil jusqu'au 18<sup>e</sup> anniversaire de l'enfant<sup>122</sup>. Cette clause, qui a été introduite en 2015, crée la possibilité que des enfants grandissent sans genre juridique jusqu'à leur majorité. Cependant, pendant les deux premières années après l'adoption de l'acte en 2015, aucun nouveau-né<sup>n</sup> n'a été enregistré sans genre à l'état civil<sup>123</sup>. Bien que la loi de Malte semble reconnaître que le genre juridique d'un bébé ne puisse pas être déterminé au regard de ses caractéristiques sexuelles, elle postule quand même que chaque personne développe une certaine identité de genre pendant son enfance qui doit être notée comme F ou M au registre public, jusqu'à la majorité. Malgré la possibilité offerte par Malte de noter un X, qui signifie « non déclaré », comme mention du genre sur les passeports et les cartes d'identité, le genre noté au registre public reste, d'une certaine façon, binaire. De plus, celui-ci continue de déterminer les droits et les obligations envers les lois qui font une distinction entre les femmes juridiques et les hommes juridiques (par ex. concernant le droit de la santé)<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> OII Australia, « German proposals for a “third gender” on birth certificates miss the mark », 20 août 2013, accessible en ligne : <https://oii.org.au/23183/germany-third-gender-birth-certificates/> ; OII Germany, « PM: Mogelpackung für Inter\*: Offener Geschlechtseintrag keine Option. Pressemitteilung der Internationalen Vereinigung Intergeschlechtlicher Menschen (IVIM) / Organisation Intersex International », 7 févr. 2013, accessible en ligne : <https://www.intersexualite.de/index.php/pm-mogelpackung-fur-inter-offener-geschlechtseintrag-keine-option/> ; Dritte Option, « Stellungnahme zur Änderung des §22 PSTG », s. d., accessible en ligne : <http://dritte-option.de/stellungnahme-zur-pstg-aenderung/> ; OII Europe et TGEU, « Gemeinsamer Kommentar von OII Europe und Transgender Europe zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat “Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben” vom 05. Juni 2018 », *cit.*

<sup>m</sup> 'toux parents'

<sup>122</sup> Malte, Acte No. XI de 2015, *cit.*, § 7 (4).

<sup>n</sup> 'aucun nouveau-né'

<sup>123</sup> G. CALLEJA, entretien personnel par téléphone, 22 mai 2018.

<sup>124</sup> *Ibid.*

### B. – *Les conséquences matérielles d'une déconstruction queer*

Abolir l'enregistrement du genre à l'état civil suivrait la logique des théories *queers* de déconstruire des normes de genre qui « diabolisent » certaines identités, comme les personnes non-binaires et *agenres*. En même temps, avoir son identité de genre reconnue par l'État et mentionnée sur des documents officiels peut aussi constituer un acte important pour manifester son identité et sa fierté, surtout pour des personnes qui sont marginalisées à cause de leurs identités de genre, comme les personnes trans\*. Cet aspect est capturé par la citation suivante de Butler : « je ne peux persévérer sans norme de reconnaissance qui soutienne ma persistance »<sup>125</sup>. De plus, comme notre société reste divisée selon le genre dans certains cas, la mention du genre sur une carte d'identité peut être utile pour réclamer et défendre les droits des personnes avec des expressions de genre et/ou des apparences physiques non conformes aux attentes sociales, qui se trouvent parfois dans des situations dans lesquelles elles doivent « prouver » leur identité de genre. Par exemple, cela peut être le cas lorsque ces personnes sont exclues d'une manière discriminatoire des espaces réservés à un certain genre, comme des vestiaires. En outre, l'enregistrement du genre à l'état civil peut aussi aider la collecte des données ventilées par genre, qui sont des outils importants pour la lutte contre les inégalités de genre. Une analyse profonde des effets qui naîtraient de l'élimination de l'enregistrement du genre à l'état civil n'est pas le but de la présente contribution. Cependant, je souhaite souligner que les efforts de déconstruction et de déstabilisation des catégories juridiques de genres, en lien avec l'analyse *queer*, doivent être attentifs aux effets matériels que cette déconstruction peut avoir pour des personnes marginalisées. En effet, certaines féministes, surtout marxistes, font valoir que la déconstruction des catégories d'identité peut aboutir à un relativisme qui nie les effets matériels de ces catégories et leur déconstruction<sup>126</sup>. Par exemple, si on soutient que le droit devient neutre du point de vue du genre seulement parce qu'on élimine toutes les références au genre, on risque de le rendre « gender blind ». Un droit de ce type suit le principe de l'égalité formelle et ne prend pas en compte que ses effets peuvent diverger pour les personnes selon le genre qui leur est

<sup>125</sup> J. BUTLER, *Défaire le genre*, op. cit., p. 47.

<sup>126</sup> D. L. ENG, J. HALBERSTAM, J. E. MUÑOZ, *What's Queer about Queer Studies Now?*, Durham, Duke University Press, 2005, p. 3 ; J. WILLIAMS, *Understanding Poststructuralism*, Malte, Acumen, 2005, p. 5 ; S. NOYÉ, « Pour un féminisme matérialiste et queer », *Contretemps. Revue de Critique Communiste*, 17 avr. 2014, accessible en ligne : <https://www.contretemps.eu/pour-un-feminisme-materialiste-et-queer/> (consulté le 3 août 2018).

attribué. Pour donner un exemple, un droit *gender blind* ignorerait que les mesures d'austérité affectent de manière disproportionnée des personnes qui sont généralement marginalisées à cause de leur genre, comme les femmes (cis) et les personnes trans\*<sup>127</sup>. En conséquence, si on éliminait l'enregistrement du genre à l'état civil, les principes sous-jacents du droit pourraient rester cisnormatifs, hétéronormatifs, endosexnormatifs et androcentriques. Ainsi, le droit à la santé et plus spécifiquement les lois concernant les assurances médicales ne considèrent pas toujours les soins médicaux spécifiques aux personnes trans\* et aux personnes intersexes, comme certains traitements affirmatifs du genre, ainsi que ceux liés à la grossesse, dans la couverture d'assurance de base<sup>128</sup>. En somme, les biais et préjugés présents dans les lois ne seraient pas automatiquement éliminés si les catégories juridiques de genre n'existaient plus. Il faut donc considérer les effets matériels de l'élimination de l'enregistrement du genre à l'état civil pour s'assurer que celle-ci ne débouche pas sur l'invisibilité dans le droit des personnes LGBTIQ<sup>129</sup> et des femmes, un phénomène qui sinon contredirait les longues luttes des juristes féministes et *queers*. Si le droit est par nature normatif et est un instrument de gouvernance, comme évoqué par Kapur<sup>130</sup>, son absence l'est tout autant. Elle n'est pas un acte neutre mais au contraire soutient les relations de pouvoir établis. Par exemple, les juristes féministes ont montré qu'une distinction entre la sphère *publique* et *privée*, où seule la première est régie par le droit, exclut normativement certains domaines de la régulation juridique, ce qui a souvent des effets désavantageux pour les droits humains des femmes<sup>131</sup>. Ainsi, l'absence du droit peut aussi constituer un acte normatif qui normalise certaines relations de pouvoir.

Un compromis temporaire entre l'élimination de la mention du genre à l'état civil et son maintien comme catégorie pertinente pour la personnalité juridique pourrait être établi si le genre était considéré comme une donnée sensible à caractère personnel, protégé par les lois concernant la protection

---

<sup>127</sup> E. M. MACDONALD, « The gendered impact of austerity: Cuts are widening the poverty gap between women and men », *British Politics and Policy at LSE*, 10 janv. 2018, accessible en ligne : <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/gendered-impacts-of-austerity-cuts/> (consulté le 11 déc. 2018).

<sup>128</sup> Par ex. D. C. GHATTAS, B. UNMÜSSIG, J. MITTAG, *Human rights between the sexes: a preliminary study on the life situations of inter\*individuals*, Coll. « Publication series on democracy », n° 34, Berlin, Heinrich-Böll-Stift, 2013, pp. 31-51 ; E. GRINBERG, A. KANTOR, C. WALKER, « The insurance battle for life-saving treatment », *CNN*, 1 juin 2018, accessible en ligne : <https://www.cnn.com/2018/05/31/health/transgender-surgery-insurance/index.html> (consulté le 18 déc. 2018).

<sup>129</sup> L'acronyme LGBTIQ fait référence aux personnes qui s'identifient comme lesbienne, gay, bi, trans\*, intersexe et/ou queer.

<sup>130</sup> R. KAPUR, *Gender, Alterity and Human Rights*, *op. cit.*

<sup>131</sup> H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law », *American Journal for International Law*, 85 (1991), p. 626.

des données. Cela garantirait que le genre juridique ne puisse plus être utilisé comme facteur d'identification et noté sur les documents officiels. De plus, le consentement de la personne concernée serait nécessaire avant que l'État ne transmette l'information sur le genre juridique à un tiers, sauf dans des cas exceptionnels. Malgré le fait que Transgender Europe et quelques universitaires soutiennent la classification du genre juridique comme donnée sensible à caractère personnel<sup>132</sup>, le Règlement général sur la protection des données de l'UE, entré en vigueur en 2018, ne le mentionne pas dans la liste de catégories particulières de données à caractère personnel dont le traitement est interdit. Par contre, il énumère des données personnelles comme l'origine ethnique, les convictions religieuses ou encore les données concernant la santé et l'orientation sexuelle<sup>133</sup>.

En conclusion, le *status quo* en Europe révèle que le genre, contrairement à d'autres catégories sociales, est vu comme une catégorie pertinente pour la définition de la personnalité juridique et est donc noté dans l'état civil, sur la plupart des documents officiels et beaucoup de formulaires des institutions privés. Une analyse *queer* met en lumière que l'enregistrement peut être considéré comme un acte de contrôle qui discipline les gens dans le développement de leur(s) identité(s) de genre. Il y a déjà des exceptions à l'enregistrement obligatoire du genre à l'état civil en Europe, notamment en Allemagne, mais la dualité du genre comme *status quo* n'est généralement pas « troublée » par ces exceptions. Pour garantir qu'une discussion théorique d'une analyse *queer* soit en accord avec la protection pratique des droits humains, il faut s'assurer que l'élimination de l'enregistrement du genre à l'état civil, avec le but de déconstruire des catégories d'identités, ne cause pas une plus grande invisibilité des personnes LGBTIQ et des femmes dans le droit. La classification du genre comme donnée sensible à caractère personnel protégée par les lois concernant la protection des données pourrait établir un compromis entre l'élimination totale de l'enregistrement du genre à l'état civil et le fait de traiter le genre comme caractère pertinent pour la définition de la personnalité publique et légale.

## CONCLUSIONS

---

<sup>132</sup> M. VAN DEN BRINK, J. TIGCHELAAR, « Gender identity and registration of sex by public authorities », *European Equality Law Review*, 2 (2015), p. 40 ; TGEU, « TGEU Position paper on Gender Markers », *cit.*, p. 4.

<sup>133</sup> Parlement Européen et Conseil européen, Règlement 2016/679 du relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), avr. 2016, art. 9 (1).

Le droit à l'identité de genre est de plus en plus reconnu comme un droit fondamental en Europe. La définition juridique du genre est actuellement redéfinie par des institutions européennes ainsi que des organes juridiques internes en Europe. Elle ne correspond plus totalement aux trois éléments de mon hypothèse, qui partait du principe que cette définition est basée sur le déterminisme biologique, la dualité de genre et l'idée que le genre est un facteur pertinent pour la personnalité juridique.

En établissant des processus pour la reconnaissance juridique du genre, certains États européens ont refusé la position de Freud selon laquelle « l'anatomie, c'est le destin »<sup>134</sup> et ont reconnu que la mention du genre enregistrée à l'état civil peut changer. Le peu d'États membres du Conseil de l'Europe qui a éliminé toutes les conditions préalables à la reconnaissance juridique du genre acceptent en outre qu'aucun test ne puisse « prouver » la « vraie » identité de genre d'une personne, ni des attestations médicales et/ou psychologiques, ni l'expression de genre ou l'apparence physique. D'un côté, ils ont refusé le déterminisme biologique. De l'autre, le fait que la plupart de ces pays – la Norvège étant une exception – ne permettent le changement du genre juridique sans satisfaire de conditions qu'une fois dans la vie seulement, et qu'ils demandent *généralement* que tous les documents d'identification d'une personne affichent la même catégorie du genre, montre leur conviction que le genre est une caractéristique stable et permanente.

De plus, la majorité des États membres du Conseil de l'Europe qui ont basé leurs procédures de modification du genre à l'état civil sur le principe d'auto-détermination considère que tout le monde peut être classifié dans un système binaire de genre. Certains États en Europe font exception et ont introduit ou introduisent actuellement des catégories juridiques non-binaires de genre. Cependant, comme mon analyse de la nouvelle loi allemande l'a démontré, ces catégories non-binaires ne refusent pas toujours entièrement la binarité du genre. Si seules les personnes intersexes fournissant des attestations médicales ou des affidavits peuvent accéder à la catégorie non-binaire de genre, alors la binarité de genre sera probablement soutenue, pas affaiblie. En effet, il y a un risque que les personnes adoptant la nouvelle catégorie soient essentialisées et considérées comme une « déviation médicale » à la norme binaire. En échangeant le terme « autre » avec celui de « divers » pour nommer la nouvelle catégorie, le Ministère de l'intérieur allemand a pris en compte au moins l'une des demandes des organisations des personnes concernées. Par contre, la loi n'envisage pas les modifications juridiques nécessaires pour assurer leur sécurité juridique, leur non-

---

<sup>134</sup> S. FREUD, *La vie sexuelle*, op. cit., p. 121.

discrimination et leur acceptation sociale, ce qui empêche cette catégorie d'être une option totalement viable dans la pratique. En plus, la loi allemande et d'autres développements similaires en Europe n'établissent pas la possibilité d'enregistrer de multiples catégories juridiques de genre ou aucun genre, ce qui reconnaîtrait que certaines personnes s'identifient avec plusieurs genres ou sans genre.

Finalement, le genre ou le sexe reste une catégorie pertinente pour la définition de la personnalité en Europe, ce qui discipline les gens dans le développement de leur(s) identité(s) de genre et les relations de genre de façon plus générale. Certains États, par exemple les Pays-Bas, effacent la mention du genre de certains documents d'identification et d'autres, comme l'Allemagne et Malte, permettent des exceptions à l'enregistrement du genre à l'état civil. Ceci étant dit, à part l'Allemagne qui, en principe, permet l'effacement de la mention du genre à l'état civil, au moins pour des personnes intersexes, les systèmes juridiques n'ont pas encore considéré le droit à l'identité de genre comme un droit négatif, ce qui les empêcherait d'enregistrer le genre d'une personne à l'état civil sans son consentement explicite. Ainsi, ils ignorent toujours les personnes *agenres* et continuent d'avoir recours au genre comme un outil légitime pour distinguer les individus. Figurant dans le nouveau Règlement général sur la protection des données de l'UE, le genre n'est pas considéré comme une donnée à caractère personnel, contrairement aux autres catégories sociales, comme par exemple l'origine ethnique et les convictions religieuses<sup>135</sup>. Si tel devenait le cas, cela pourrait constituer un compromis temporaire entre le *status quo* actuel, c'est-à-dire l'utilisation du genre comme une catégorie qui définit la personnalité juridique, et l'élimination de l'enregistrement du genre à l'état civil, un processus qui pourrait, s'il est fait d'une manière négligente, causer des répercussions négatives sur les droits humains.

En conclusion, le droit en Europe se trouve à un moment de rupture. L'idée que l'enregistrement du genre à l'état civil est déterminé par des facteurs biologiques ou corporels, est nécessairement binaire et représente un aspect pertinent pour la personnalité juridique est déstabilisée. Le droit est en train d'ouvrir la porte à une redéfinition du concept d'identité de genre qui soit plus en accord avec les droits humains, surtout ceux des personnes trans\*, ainsi qu'avec des perspectives *queers*. Néanmoins, le genre reste une catégorie pertinente, non seulement pour l'organisation de la société, mais

---

<sup>135</sup> Parlement Européen et Conseil européen, Règlement 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) art. 9 (1).

aussi dans le droit. Ainsi, le projet de dénaturiser et déconstruire le genre en droit, et avec les outils du droit, continue.

Épilogue : Peu avant la publication de cet œuvre, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé dans l'affaire *X et Y c. Roumanie* (2021) que le droit à la vie privée des deux requérants était violé par la condition d'entreprendre « une intervention chirurgicale de conversion sexuelle » avant de pouvoir changer la mention de leur genre juridique dans l'état civil. Ainsi, la Cour a clairement prohibé les chirurgies affirmatives de genre comme condition préalable à la reconnaissance de genre.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *X et Y c. Roumanie*, 19 jan. 2021, *cit.*, § 167.

## BIBLIOGRAPHIE

### *Ouvrages et articles*

BEAUVOIR, S. de, *Le deuxième sexe*, Paris, Gallimard, 1976.

BUTLER, J., *Trouble dans le genre*, Paris, La Découverte, 2005.

BUTLER, J., *Défaire le genre*, Paris, Amsterdam, 2006.

BYRNE, J., *License to be yourself: Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, New York, NY Open Society Foundations, 2014.

CALLIS, A., « Playing with Butler and Foucault: Bisexuality and Queer theory », *Journal of Bisexuality*, 2009, pp. 213-233.

CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C., WRIGHT, S., « Feminist Approaches to International Law », *American Journal for International Law*, 85 (1991), pp. 613-645. Commission européenne, AGIUS, S., TOBLER, C., *Les personnes trans et intersexuées : la discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers.*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2012.

CYRINO, R., *Le genre : Du déterminisme biologique au déterminisme socioculturel ?*, Paris, L'Harmattan, 2014.

EDELMAN, L., « Queer Theory: Unstating Desire », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 2/ 4 (1995), pp. 345-348.

ENG, D. L., HALBERSTAM, J., MUÑOZ, J. E., *What's Queer about Queer Studies Now?*, Durham, Duke University Press, 2005.

FAUSTO-STERLING, A., *Corps en tous genres : La dualité des sexes à l'épreuve de la science*, Paris, Editions La Découverte, 2012.

FOUCAULT, M., *L'ordre du discours : Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, Paris, Gallimard, 1971.

FOUCAULT, M., « Two Lectures », *Power/knowledge: selected interviews and other writings, 1972-1977*, C. GORDON (dir.), New York, Pantheon Books, 1980, pp. 78-108. FREUD, S., *La vie sexuelle*, Paris, PUF, 1992.

GHATTAS, D. C., UNMÜSSIG, B., MITTAG, J., *Human rights between the sexes: a preliminary study on the life situations of inter\*individuals*, Coll. « Publication series on democracy », n° 34, Berlin, Heinrich-Böll-Stift, 2013.

GÖSSL, S., « Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht », *StAZ - Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrechts, internationales Privatrecht des In- und Auslands*, 2013, pp. 301-305.

GOULD, M., « Sex, Gender, and the Need for Legal Clarity: The Case for Transsexualism », *Valparaiso University Law Review*, 13/3 (2011), pp. 423-450.

HOLZLEITHNER, E., *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung*, Vienne, Facultas, 2002.

KAPUR, R., *Gender, Alterity and Human Rights: Freedom in a Fishbowl*, Northampton, MA, Edward Elgar Pub, 2018.

MARY, K., « The formal recognition of sex identity », *Australian Journal of Family Law*, 28 (2014), pp. 266-289.

MORON-PUECH, B., « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées. Droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, mai 2017.

REPO, J., *The Biopolitics of Gender*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016.

SEDGWICK, E. K., *Épistémologie du placard*, Paris, Amsterdam, 2008.

SULLIVAN, N., *A Critical Introduction to Queer Theory*, New York, NYU Press, 2003.

VAN DEN BRINK, M., REUSS, P., TIGCHELAAR, J., « Out of the box? Domestic and private international law aspects of gender registration: a comparative analysis of Germany and the Netherlands », *European Journal of Law Reform*, 17/ 2 (2015), pp. 282-293.

VAN DEN BRINK, M., TIGCHELAAR, J., « Gender identity and registration of sex by public authorities », *European Equality Law Review*, 2 (2015), pp. 29-40.

WILLIAMS, J., *Understanding Poststructuralism*, Malte, Acumen, 2005.

*Législations, rapports et autres documents*

ALTHOFF, N., SCHABRAM, G., FOLLMAR OTTO, P., *Gutachten. Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt*, Berlin, Deutsches Institute für Menschenrechte, 2017.

American Psychiatric Association et American Psychiatric Association (dir.), *Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-5*, Washington, D.C, American Psychiatric Association, 2013.

Argentine, Identidad de genero. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas, El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, 9 mai 2012, Ley 26.743.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2048 (2015). La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », 2015.

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Résolution 2191 (2017). Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes », 2017.

Australian Government, *Australian Government Guidelines on the Recognition of Sex and Gender*, 2013.

Australie, Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act, 2013, No. 98.

Belgique, Loi 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, 25 juin 2017, 2017-06-25/03.

Borrillo, D., L'identité de genre et le droit : entre ordre public et vie privée, Audition devant la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 19 mars 2013.

Bundesministerium Inneres, « BMI-VA1300/0528-III/4/b/2018. Verwaltungsangelegenheiten - Sonstige; Personenstandswesen Erkenntnis des VfGH vom 15. Juni 2018, G 77/2017-9, zu § 2 Abs. 2 Z 3 PStG 2013 - Umsetzung zu Varianten der Geschlechtsentwicklung ("3. Geschlecht") », 20 décembre 2018.

Bundesrat, « Drucksache 429/18. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben », 9 juillet 2018.

CALLEJA, G., entretien personnel par téléphone, 22 mai 2018.

CHIAM, Z., DUFFY, S., GONZÁLEZ GIL, M., *Trans Legal Mapping Report: Recognition before the law*, Geneva, ILGA World, 2017.

Commissaires aux droits de l'homme du Conseil d'Europe, *Droits de l'homme et personnes intersexes*, 2015.

Denmark, Motion to amend the Act on the (Danish) Civil Registration System (English translation), 11 juin 2014, L 182.

Dritte Option, *Statement der Kampagne „Dritte Option“ zur anstehenden Gesetzesreform*, 12 janvier 2018.

Dritte Option, « Stellungnahme der Kampagnengruppe Dritte Option zum Referentenentwurf: Gesetzesentwurf widerspricht in fast allen Punkten den Bedarfen der Betroffenen », 7 mars 2018, disponible sur <http://dritte-option.de/wp-content/uploads/2018/07/Stellungnahme-Referentenentwurf.pdf>.

Dritte Option, « Stellungnahme zur Änderung des §22 PStG », s.d., disponible sur <http://dritte-option.de/stellungnahme-zur-pstg-aenderung/>.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (BGBEG), 18 août 1896.

FERRERO-WALDNER on behalf of the Commission, « Answer to a written question - Religion Column in Passports - E-2419/2005 », *European Parliament*, 21 septembre 2005, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2005-2419&language=IT> (consulté le 25 juillet 2018).

Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, 18 décembre 2018, Bundesgesetzblatt Teil I 2018 Nr. 48 21.12.2018 S. 2635.

GHATTAS, D. C., *Standing up for the human rights of intersex people – how can you help?*, OII Europe, ILGA-Europe, 2015.

*Glossaire des termes Trans et Nonbinaire*. Trad. par les rédacteurs du Webdoc « Les genres non-binaires », fichier d'origine disponible à l'adresse [http://www.ebony.com/wp-content/uploads/2015/10/Trans\\_and\\_queer\\_glossary.pdf](http://www.ebony.com/wp-content/uploads/2015/10/Trans_and_queer_glossary.pdf), s.d.

GRINBERG, E., KANTOR, A., WALKER, C., « The insurance battle for life-saving treatment », *CNN*, 1 juin 2018, disponible sur

<https://www.cnn.com/2018/05/31/health/transgender-surgery-insurance/index.html> (consulté le 18 décembre 2018).

HOLZER, L., *Non-Binary Gender Registration Models in Europe. Report on third gender marker or no gender marker options*, ILGA-Europe, 2018, disponible sur <https://www.ilga-europe.org/resources/ilga-europe-reports-and-other-materials/non-binary-gender-registration-models-europe> (consulté le 25 février 2020).

Law Clinic, *Les Droits des Personnes LGBT*, Genève, UNIGE, Faculté du Droit, 2018.

Legislative Council California, Senate Bill No. 179, Chapter 853, 16 octobre 2017.

Luxembourg, Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil, 12 septembre 2018, No. 797.

LVEQ, « Petit dico de français neutre/inclusif », *La vie en queer*, 26 juillet 2018, disponible sur <https://lavieenqueer.wordpress.com/2018/07/26/petit-dico-de-francais-neutre-inclusif/> (Consulté le 27 mars 2020).

ILGA Europe, *Rainbow Europe Country Index*, mai 2011.

International Civil Aviation Organization, *Machine Readable Travel Documents. Part 4 — Specifications for Machine Readable Passports (MRPs) and other TD3 Size MRTDs*, Seventh edition, 2015.

Ireland, Gender Recognition Act, 2015.

MACDONALD, E. M., « The gendered impact of austerity: Cuts are widening the poverty gap between women and men », *British Politics and Policy at LSE*, 10 janvier 2018, disponible sur <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/gendered-impacts-of-austerity-cuts/> (consulté le 11 décembre 2018).

Malte, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, 14 avril 2015, Acte No. XI de 2015.

NOYÉ, S., « Pour un féminisme matérialiste et queer », *Contretemps. Revue de Critique Communiste*, 17 avril 2014, disponible sur <https://www.contretemps.eu/pour-un-feminisme-materialiste-et-queer/> (consulté le 3 août 2018).

OII Australia, « German proposals for a “third gender” on birth certificates miss the mark », 20 août 2013, disponible sur <https://oii.org.au/23183/germany-third-gender-birth-certificates/>.

OII Europe et TGEU, « Gemeinsamer Kommentar von OII Europe und Transgender Europe zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat “Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben” vom 05. Juni 2018 », 19 juillet 2018.

OII Germany, « PM: Mogelpackung für Inter\*: Offener Geschlechtseintrag keine Option. Pressemitteilung der Internationalen Vereinigung Intergeschlechtlicher Menschen (IVIM) / Organisation Intersex International », 7 février 2013, disponible sur <http://www.intersexualite.de/index.php/pm-mogelpackung-fur-inter-offener-geschlechtseintrag-keine-option/>.

Organisation mondiale de la Santé, « ICD-11 - Mortality and Morbidity Statistics », 2018, disponible sur <https://icd.who.int/browse11/l-m/en> (consulté le 28 juillet 2018).

Österreichischer Verfassungsgerichtshof, « Presseinformation. Intersexuelle Menschen haben Recht auf adäquate Bezeichnung im Personenstandsregister. G 77/2018 », juin 2018.

Parlement européen, « P8\_TA(2018)0056. Résolution sur la Situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2016 », 1 mars 2018.

Parlement européen, « P8\_TA(2019)0128 Résolution sur les droits des personnes intersexuées », 14 février 2019.

Parlement Européen et Conseil européen, Règlement 2016/679 du relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), avril 2016.

Personenstandsgesetz, 19 février 2007.

Portugal, Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa, Assembleia da República, Reunião N.º 105-XIII Leg. 3.ª Ses., 7 décembre 2018, 203/XIII.

RASULOV, A., « The Structure of the International Legal Discourse », 2004, présenté à la conférence de fondation de la société européenne de droit international à Florence, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=1675444> (consulté le 3 août 2018).

Republica de Colombia, Decreto 1227, 4 juin 2015.

Scottish Government, « Review of the Gender Recognition Act 2004 », 9 novembre 2017, disponible sur <http://www.gov.scot/Publications/2017/11/5459/347312> (Consulté le 21 mai 2018).

TGEU, « Historic Danish Gender Recognition Law comes into Force », 1 septembre 2014, disponible sur <http://tgeu.org/tgeu-statement-historic-danish-gender-recognition-law-comes-into-force/> (Consulté le 3 février 2017).

TGEU, « World Health Organisation moves to end classifying trans identities as mental illness », 18 juin 2018, disponible sur <https://tgeu.org/world-health-organisation-moves-to-end-classifying-trans-identities-as-mental-illness/> (Consulté le 29 juillet 2018).

TGEU, « Portugal votes for self-determination, keeps medicalization for minors », 13 juillet 2018, disponible sur <https://tgeu.org/portugual-votes-for-self-determination-keeps-medicalization-for-minors/> (Consulté le 29 juillet 2018).

TGEU, « TGEU Position paper on Gender Markers », 19 juillet 2018, disponible sur <https://tgeu.org/tgeu-position-paper-on-gender-markers/> (Consulté le 29 juillet 2018).

The European Union Agency for Fundamental Rights, *The fundamental rights situation of intersex people*, 2015.

Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Modernisering Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens (GBA)*, Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, 23 décembre 2016.

VALENTINE, V., *Non-binary people's experiences in the UK*, Edinburgh, Scottish Trans Alliance, Equality Network, 2015.

VAN DEN BRINK, M., entretien personnelle par email, 31 mai 2018.

VAN DEN BRINK, M., SNAATHORST, D., *Doing Gender Identity Justice. Evaluation Three Years Transgender Legislation in the Netherlands. 2014-2017*, Université d'Utrecht, 2017.

Ville de Mexico, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, VI Legislatura, Código Civil para el Distrito Federal, 5 février 2015.

« Bangladesh: Transgender Men Fear for Their Safety », *Human Rights Watch*, 19 janvier 2018, disponible sur <https://www.hrw.org/news/2018/01/19/bangladesh-transgender-men-fear-their-safety> (consulté le 13 juin 2018).

« Being trans is not a mental disorder anymore: ICD-11 is officially released | ILGA », *ILGA World*, 18 juin 2018, disponible sur <https://ilga.org/icd-11-trans-not-mental-disorder> (consulté le 27 avril 2019).

« Déclaration de Malte (Conclusions du 3<sup>e</sup> Forum International Intersexe) », *Collectif Intersexes et Allié.e.s*, 31 octobre 2016, disponible sur <https://collectifintersexesetalliees.org/2016/10/31/conclusions-du-3e-forum-international-intersexe/> (consulté le 25 juillet 2018).

« Les Principes de Jogjakarta. Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre », mars 2007.

« Les Principes de Jogjakarta plus 10. Principes additionnels et obligations additionnelles des états au sujet de l'application de la législation internationale 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 », 2017.

« New draft bill in Germany fails to protect intersex people », *OII Europe*, 20 août 2018, disponible sur <https://oiieurope.org/new-draft-bill-in-germany-fails-to-protect-intersex-people/> (Consulté le 17 décembre 2018).

« Qu'entendons-nous par "sexe" et par "genre" ? », *Organisation mondiale de la Santé*, s. d., disponible sur <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/> (Consulté le 28 juillet 2018).

### *Décisions de justice*

Cour européenne des droits de l'homme, *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6 novembre 1980, Requête 7654/76.

Cour européenne des droits de l'homme, *Rees c. Royaume-Uni*, 17 novembre 1986, Requête 9532/81.

Cour européenne des droits de l'homme, *B. c. France*, 25 mars 1992, Requête 13343/87.

Cour européenne des droits de l'homme, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 7 novembre 2002, Requête 28957/95.

Cour européenne des droits de l'homme, *Van Kück c. Allemagne*, 9 décembre 2003, Requête 35968/97.

Verfassungsgerichtshof, *V 4/06-7*, 8 juin 2006.

*1 BvR 576/07*, 5 décembre 2008, note 1 Senat Bundesverfassungsgericht, disponible sur [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/12/rk20081205\\_1bvr057607.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/12/rk20081205_1bvr057607.html) (consulté le 24 août 2018).

Cour européenne des droits de l'homme, *Dimitras et autres c. Grèce*, juin 2010, Requêtes 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07 et 6099/08.

High Court of Australia, *NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie*, 2 avril 2014, S273/2013.

Supreme Court of India, *National Legal Services Authority v. Union of India and others*, 15 avril 2014, writ petition (civil) No. 400 of 2012 and writ petition (civil) No. 604 of 2013.

Cour européenne des droits de l'homme, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, Requête 37359/09.

Cour d'appel civile vaudoise, *CACI 13.07.2015/360*, juillet 2015.

Oberlandesgericht Celle, *14 W 28/14*, 21 janvier 2015.

Cour européenne des droits de l'homme, *Y.Y. c. Turquie*, 3 octobre 2015, Requête 14793/08.

Bundesgerichtshof, *XII ZB 52/15*, 22 juin 2016.

Cour européenne des droits de l'homme, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 2017, Requêtes 79885/12, 52471/13, 52596/13.

Oberlandesgericht Celle, *17 W 5/17*, 11 mai 2017.

Bundesverfassungsgericht, *1 BvR 2019/16*, 10 octobre 2017.

Cour européenne des droits de l'homme, *Y c. France*, introduite le 31 oct. 2017, Requête 76888/17.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, 24 novembre 2017, Advisory Opinion OC-24/17.

Rechtbank Limburg, Roermond, *C / 03/232248 / FA RK 17-687*, 28 mai 2018.

Österreichischer Verfassungsgerichtshof, *G 77/2018-9*, 15 juin 2018.

Cour européenne des droits de l'homme, *X c. République de Macédoine*, 17 janvier 2019, Requête 29683/16.

Cour constitutionnelle de Belgique, *Arrêt n° 99/2019*, 19 juin 2019.

Amtsgericht Münster, *AG Münster, 16.12.2019 - 22 III 36/19*, 16 décembre 2019, 22 III 36/19.

Bundesgerichtshof, *XII ZB 383/19*, 22 avril 2020.

Cour européenne des droits de l'homme, *X et Y c. Roumanie*, 19 janvier 2021, Requêtes 2145/16 et 20607/16.