

*Jurisprudence – Droits fondamentaux*

**Cour européenne des droits de l'homme  
(5<sup>e</sup> section)**

**31 janvier 2023**

- I. Droits de l'homme - Respect de la vie privée – État civil – Intersexuation – Mention du sexe – Rectification – Sexe neutre – Refus – Pas de violation.
- II. Droits de l'homme - Respect de la vie privée – Obligation positive – Marge d'appréciation – État civil – Catégories sexuées – Identité de genre – Intersexuation – Choix de société – Absence de consensus européen – Intérêts publics.

**Observations.**

1. *Le refus des autorités nationales d'inscrire la mention « neutre » ou « intersexe », à la place de « masculin » sur l'acte de naissance d'une personne qui est médicalement reconnue depuis sa naissance comme intersexuée, ne viole pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.*

2. *En l'absence de consensus européen sur le sujet, les États jouissent d'une marge d'appréciation élargie en ce qui concerne la mise en œuvre de l'obligation positive de garantir le respect effectif de la vie privée du requérant dans ce contexte où s'opposent des intérêts publics et des intérêts privés. Offrir la possibilité d'opter pour l'inscription à l'état civil d'un autre marqueur de genre que « masculin » ou « féminin » étant un choix de société, qui se prête au débat voire à la controverse, de nature à susciter de profondes divergences dans un État démocratique, il y a lieu de laisser aux États le soin de déterminer à quel rythme et jusqu'à quel point il convient de répondre aux demandes des personnes intersexuées en matière d'état civil.*

(Y. / France)

N° 76888/17

Le texte intégral de l'arrêt est disponible sous l'url : <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-222780>.

*J.L.M.B. 23/169*

*Observations*

**Deux c'est bien, trois c'est trop : la reconnaissance d'une troisième catégorie de « sexe neutre » laissée à la discrétion des États**

1. *Introduction.* Le 31 janvier 2023, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu l'arrêt *Y. c. France* dans lequel elle examine, à l'aune du droit au respect de la vie privée garanti par la Convention, le refus opposé par les juridictions françaises à la demande d'une personne intersexuée visant à obtenir la rectification de son acte de naissance pour qu'il y soit indiqué « sexe neutre » ou « intersexe »<sup>1</sup>. Pour la première fois devant la Cour, cette affaire soulève l'épineuse question de la reconnaissance légale de l'existence d'une troisième catégorie de sexe au bénéfice des personnes nées avec des variations de leurs caractéristiques sexuelles (voy. *infra*, n° 2).

<sup>1</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023.

Toutefois, au-delà de la situation de ces personnes dites « intersexuées », les différents enseignements de cet arrêt *Y. c. France* pourraient également s'appliquer à la situation des personnes qui ne s'identifient ni comme homme, ni comme femme, sans présenter de variations de leurs caractéristiques sexuelles (voy. *infra*, n° 5).

2. *Personnes intersexuées et intersexes*. Les personnes présentant une variation – ou « mixité » – de leurs caractéristiques sexuelles (dites « intersexuées ») formeraient, statistiquement, entre 0,5 et 4 pour cent de la population<sup>2</sup>. Il s'agit d'individus dont le sexe est, à la naissance ou ultérieurement, considéré comme indéterminé<sup>3</sup>. Le « sexe », tel qu'il est actuellement mentionné à l'état civil, renvoie au sexe biologique d'une personne. Ce dernier est déterminé grâce à la convergence de paramètres scientifiques objectifs (à savoir les sexes morphologique, gonadique, hormonal et chromosomique), laquelle peut ne pas être totale<sup>4</sup>. La majorité des personnes présentant une variation de leurs caractéristiques sexuelles s'identifie généralement à l'une des deux catégories sexuelles existantes, à savoir soit comme femme, soit comme homme, bien que leur situation biologique originelle ne corresponde pas à la norme binaire<sup>5</sup>. Cependant, à l'instar du requérant dans la présente affaire *Y. c. France*, certaines personnes intersexuées considèrent en outre que leur identité de genre est « intersexe » : elles peuvent soit s'identifier à la fois comme femme et homme, soit comme n'étant ni l'un ni l'autre<sup>6</sup> – autrement dit, comme appartenant à un genre « neutre » ou « non binaire ». L'on constate donc en l'espèce un *alignement* de l'identité biologique et de l'identité de genre de ces personnes, puisque leur état d'intersexuation (« sexe neutre ») s'accompagne alors d'un « genre neutre ». Dans ce cas, la reconnaissance d'une troisième catégorie de sexe neutre à l'état civil peut constituer un souhait particulièrement pressant pour les individus qui se situent « entre deux sexes ».

L'identité de genre renvoie à l'expérience intime et personnelle du genre profondément vécue par chacun, laquelle peut correspondre ou non au sexe assigné à la naissance, et y compris la conscience personnelle du corps<sup>7</sup>. Les personnes intersexes doivent ainsi être distinguées, d'une part, des individus *transgenres* – ceux-ci ont la conviction que leur identité de genre vécue intimement ne correspond pas au sexe mentionné dans leur acte de naissance, et qui fut *a priori* déterminé grâce à une convergence de leurs caractères sexuels – et, d'autre part, des personnes dont le genre est neutre ou non binaire – qui ne s'identifient donc ni comme femme, ni comme homme, mais qui ne présentent pas d'ambiguïté de leurs caractéristiques sexuelles.

<sup>2</sup> Sur cette thématique, voy. P. CANNOOT, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation*, Anvers, Boom Juridisch Antwerpen, 2022, pp. 34 et s.

<sup>3</sup> Sont qualifiés d'intersexes les individus qui, « compte tenu de leur sexe chromosomique, gonadique ou anatomique, n'entrent pas dans la classification établie par les normes médicales des corps dits masculins et féminins. Ces spécificités se manifestent, par exemple, au niveau des caractéristiques sexuelles secondaires comme la masse musculaire, la pilosité et la stature, ou des caractéristiques sexuelles primaires telles que les organes génitaux internes et externes, et/ou la structure chromosomique et hormonale », voy. document thématique, « Droits de l'homme et personnes intersexes », publié par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, juin 2015, p. 13.

<sup>4</sup> Si la convergence de ces paramètres n'est pas totale, c'est le sexe qui apparaît comme étant « prédominant » au vu des caractères sexuels présents qui sera mentionné dans l'acte de naissance. Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 99-105, et P. CANNOOT, *op. cit.*, p. 34.

<sup>5</sup> P. CANNOOT, *The Right to Personal Autonomy Regarding Sex, Gender and Sexual Orientation*, Anvers, Boom Juridisch Antwerpen, 2022, p. 36.

<sup>6</sup> Observations écrites de l'*Equality Law Clinic* de l'Université libre de Bruxelles, et de l'*Human Rights Centre* de l'Université de Gand, dans le cadre de l'affaire *M. c. France* (req. n° 42.821/18), Bruxelles, 24 février 2021.

<sup>7</sup> Voy. *Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, 2006. Pour plus d'informations, voy. la littérature abondante en sciences sociales, dont notamment L. BERENI, S. CHAUVIN, A. JAUNAIT et A. REVILLARD, *Introduction aux études sur le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, De Boeck, 2020.

3. *Antécédents jurisprudentiels sur le droit à la vie privée des personnes intersexes.* S'il existe une jurisprudence abondante en matière de reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres, qu'elles aient subi<sup>8</sup> – ou non – une stérilisation<sup>9</sup> ou un traitement de « réassignation »<sup>10</sup>, la Cour n'a, jusqu'à présent, traité que peu d'affaires portant sur la vie privée des personnes intersexuées. À notre connaissance, la seule requête qui avait précisément soulevé la question de la reconnaissance juridique de l'identité intersexe avant l'affaire *Y. c. France* a été rejetée en 2019 pour non-épuisement des voies de recours internes<sup>11</sup>. Par ailleurs, a été récemment rejetée pour le même motif une autre affaire française qui concernait l'intersexualité sans toutefois porter sur sa reconnaissance à l'état civil ; il s'agissait d'une mise en cause, au regard des articles 3 et 8 de la Convention<sup>12</sup>, des traitements dits de « normalisation » sexuelle imposés aux personnes nées intersexuées, généralement durant l'enfance, sans nécessité médicale et sans leur consentement<sup>13</sup>.

4. *Principaux enseignements de l'arrêt Y. c. France.* Dans cette affaire, la Cour a examiné, à l'aune du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, les conséquences de l'attribution d'une identité juridique féminine ou masculine à une personne biologiquement intersexuée et souhaitant être identifiée comme étant intersexe. Celle-ci avait introduit devant les juridictions françaises une demande visant à ce que la mention « neutre » ou, à défaut, « intersexe » soit inscrite sur son acte de naissance en lieu et place de la mention « masculin », telle qu'elle lui avait été assignée à l'état civil. En effet, le requérant présentait dès la naissance un état d'intersexuation, étant dépourvu de tout appareil génital et, faute de gonades sexuelles, n'avait jamais produit d'hormones, si bien qu'il était impossible de déterminer s'il était biologiquement de sexe masculin ou féminin et ce, toujours à l'âge adulte. Produisant de nombreux certificats médicaux attestant de sa situation biologique intersexuée, le requérant a également affirmé avoir conservé une identité de genre *intersexe*, malgré la mention « masculin » dans son acte de naissance<sup>14</sup>.

Bien que les juridictions internes aient explicitement reconnu son intersexuation, la demande visant à rectifier son acte de naissance pour y indiquer « sexe neutre » fut – après avoir été pourtant accueillie en première instance – rejetée par un arrêt de

<sup>8</sup> La Cour reconnut l'existence de l'obligation positive, pour les États membres, de prendre les mesures nécessaires afin de permettre l'adaptation des actes d'état civil pour correspondre au nouveau sexe des personnes ayant subi un traitement et/ou une opération de réassignation sexuelle. Voy. Cour eur. D.H., arrêts *B. c. France*, 25 mars 1992 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.

<sup>9</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015.

<sup>10</sup> Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017. Il ressort de cet arrêt que le changement de sexe sur les actes d'état civil ne peut plus être subordonné à un traitement de réassignation sexuelle irréversible risquant d'entraîner la stérilité. Voy. aussi *X. et Y. c. Roumanie*, 19 janvier 2021.

<sup>11</sup> Cour eur. D.H., décision *P. c. Ukraine*, 11 juin 2019.

<sup>12</sup> L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit la torture, ainsi que l'infliction de peines et de traitements inhumains et dégradants. Celui-ci entretient un lien étroit avec l'article 8 de la Convention, garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, dans la jurisprudence de la Cour. En effet, un traitement qui n'atteindrait pas le degré minimum de gravité requis pour emporter violation de l'article 3 peut être jugé contraire au droit au respect de la vie privée, qui inclut également le respect de l'intégrité physique et corporelle.

<sup>13</sup> Cour eur. D.H., décision *M. c. France*, 26 avril 2022. Également appelées traitements de « conformation sexuée », ces pratiques médicales visent à modifier le corps des personnes intersexuées, sujettes à des variations du développement génital, pour se rapprocher des idéaux-types masculin ou féminin. Ces traitements se multiplient à partir des années 1960, administrés aux enfants dont l'intersexuation était identifiée dès la naissance. Voy. plus en détail B. MORON-PUECH, « La conformation sexuée. Qualification et régime juridique de la torture et autres traitements inhumains et dégradants », tierce intervention sous Cour eur. D.H., *M. c. France*, n° 42821/18, *R.D.L.F.*, chron. n° 06, 2022, points 0.2 à 0.3. Voy. récemment, en Belgique, l'arrêt du 7 février 2023 de la cour d'appel de Bruxelles condamnant un hôpital bruxellois pour avoir pratiqué des traitements normalisateurs injustifiés sur une personne mineure intersexe, Bruxelles, 7 février 2023.

<sup>14</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphes 4-10.

la cour d'appel d'Orléans, au motif, notamment, (i) que son apparence physique et son comportement social étaient masculins, (ii) que le droit positif ne permettait pas de faire figurer une autre mention que sexe masculin ou féminin, et (iii) qu'admettre une telle requête aboutirait à reconnaître jurisprudentiellement l'existence d'une autre catégorie sexuelle, dont la création relève en principe de la seule appréciation du législateur<sup>15</sup>. Confirmant l'arrêt rendu en appel, la Cour de cassation française écarta explicitement la reconnaissance d'un troisième « sexe neutre » en 2017, en considérant que « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » et que « la reconnaissance par le juge d'un "sexe neutre" aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes (...) »<sup>16</sup>. Cet arrêt semble s'inscrire dans une tendance générale de la jurisprudence française sur le changement de sexe qui, tout en reconnaissant que l'intersexuation est un cas de force majeure propre à permettre la modification de la mention du sexe d'une personne à l'état civil, n'autorise toutefois une telle rectification que pour passer d'une catégorie sexuelle (« homme » ou « femme ») à l'autre, dans le cadre restreint de la dualité des sexes<sup>17</sup>.

La position de la Cour de cassation française a, à notre étonnement, été validée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt commenté. Celle-ci juge qu'en raison de la marge d'appréciation élargie dont dispose l'État français en l'espèce, celui-ci n'a pas méconnu son obligation positive de garantir au requérant le respect effectif de sa vie privée en ne lui donnant pas la possibilité d'inscrire la mention « sexe neutre » sur son acte de naissance, et conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

Examiné à la lumière de la jurisprudence récente et progressiste de la Cour en matière d'autonomie personnelle et de reconnaissance de l'identité sexuelle des individus, cet arrêt constitue une surprise. La jurisprudence strasbourgeoise en matière de droit au respect de la vie privée avait en effet reconnu un large droit à l'autodétermination déduit de l'article 8 de la Convention, dont la « liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels »<sup>18</sup> et dont « le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental »<sup>19</sup>. Alors que la Cour s'était d'abord cantonnée à établir l'obligation, pour les États, de reconnaître l'identité sexuelle des personnes *transsexuelles* lorsqu'elles avaient subi un traitement et une opération de réassignation sexuelle<sup>20</sup>, elle a par la suite engendré une évolution majeure en matière d'autodétermination en consacrant une certaine perméabilité des catégories « femmes » et « hommes » existantes. En effet, elle a jugé en 2017 que les personnes *transgenres* devaient désormais pouvoir revendiquer leur appartenance à l'une ou l'autre catégorie sur leur acte d'état civil, sans devoir subir de traitement ou d'opération irréversible risquant

<sup>15</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphe 15.

<sup>16</sup> Cass. (fr.), arrêt du 4 mai 2017, n° 16-17.189.

<sup>17</sup> Selon cette jurisprudence, la différenciation – ou *summa divisio* – des sexes, « base fondamentale de toute la vie et par conséquent aussi de toute organisation des groupes humains », est un produit de la nature. Voy. concl. Fabre sous T.G.I., 18 janvier 1965, *J.C.P.*, II, 14421, cité dans M.-X. CATTO, « La mention du sexe à l'état civil », in *La Loi et le Genre*, S. Hennette-Vauchez et D. Roman (dir.), Paris, C.N.R.S. éditions, 2014, pp. 29-48 (ici, p. 29). Voy. aussi l'étude d'autres antécédents jurisprudentiels des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles dans M.-X. CATTO, *ibidem*, pp. 40-45 ; Versailles, 22 juin 2000, *J.C.P.*, 2001.II.10595, cité dans D. BORRILLO, « L'intersexualité et l'état des personnes. Le droit face à l'identité de genre », *Forum für Politik, Gesellschaft und Kultur*, 2014, p. 8, disponible en ligne sur <https://hal.science/hal-01236295>.

<sup>18</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Van Kück*, 12 juin 2003, paragraphe 73.

<sup>19</sup> Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017 ; *Van Kück*, 12 juin 2003, paragraphe 75.

<sup>20</sup> Cour eur. D.H., arrêt *B. c. France*, 25 mars 1992 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002.



d'entraîner la stérilité<sup>21</sup>. Dans ce contexte, l'arrêt commenté semble imposer une limite importante au droit à l'autodétermination en reconnaissant l'absence d'obligation, dans le chef de l'État français, d'organiser la possibilité de remplacer le sexe déclaré à la naissance sur l'acte d'état civil par la mention « sexe neutre » ou « intersexe ». À cet égard, des réflexions complémentaires peuvent être retirées de cet arrêt, que nous développerons principalement sur deux points.

5. *Sexe neutre ou genre neutre ? Ambiguïté entre sexe et genre.* Dans l'arrêt *Y. c. France*, la Cour semble avoir explicitement limité son examen à la situation du requérant en tant qu'il demandait la reconnaissance de son *identité biologique* intersexuée, et non de son *identité de genre* intersexe<sup>22</sup>. Constatant expressément que la requête ne concernait pas l'autodétermination du genre, l'arrêt relève en effet qu'est uniquement en cause, en l'espèce, la discordance existante entre l'identité biologique intersexuée du requérant et son identité juridique<sup>23</sup>. La Cour ne se serait donc en réalité pas prononcée, à proprement parler, sur l'obligation de modifier les actes d'état civil dans une situation de non-correspondance entre, d'une part, l'identité de genre neutre (ou non binaire) d'une personne et, d'autre part, son identité juridique.

Cependant, si la Cour de Strasbourg ne semble pas avoir *explicitement* écarté, dans *Y. c. France*, l'obligation pour les États de reconnaître l'identité de genre neutre de toutes les personnes qui s'identifieraient comme telles, les enseignements de cet arrêt pourraient être *implicitement* étendus *mutatis mutandis* à la reconnaissance d'un « genre neutre » à l'état civil. Cette question – d'une actualité brûlante – concerne également les personnes de genre non binaire et non-intersexuées, dont tous les marqueurs de différenciation sexuelle se rattachent, sans ambiguïté, à la catégorie « masculin » ou à la catégorie « féminin ».

En effet, identité de genre non binaire et identité biologique intersexuée paraissent *indissociables* dans le cas des personnes intersexes. En l'espèce, à la réalité biologique médicalement avérée que constitue l'intersexuation du requérant Y. s'ajoute son identification au genre intersexe ou neutre, celui-ci se situant incontestablement dans un « entre-deux » existant entre la catégorie « féminin » et la catégorie « masculin ». Passant outre le fait que l'identité de genre du requérant est intrinsèquement liée à son état d'intersexuation, la Cour a ainsi éludé la question de l'autodétermination de genre des personnes intersexes<sup>24</sup>. Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour avait elle-même relevé que « l'identité de genre d'Y. [dans la présente affaire] est en cause »<sup>25</sup>. La demande du requérant tendant à voir reconnaître son identité biologique intersexuée à l'état civil ne pouvait donc pas, à notre

<sup>21</sup> Voy. Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, précité. Le législateur français a adapté en ce sens la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil en 2016, voy. articles 61-5 et 61-6 du Code civil, insérés par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle (1). En droit belge, les personnes trans peuvent obtenir la modification de leur sexe à l'état civil sans devoir se justifier sur le plan médical – mais une exception à l'absence de tout examen médical s'applique néanmoins aux personnes mineures, pour lesquelles une attestation d'un pédopsychiatre est requise afin de prouver leur faculté de discernement. Voy. la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *M.B.*, 10 juillet 2017, et Y.-H. LELEU, *op. cit.*, pp. 101-105.

<sup>22</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphe 44. Dans le même sens, voy. M. MESNIL, « Pas de mention "sexe neutre", ni "intersexe" en droit français : un mal pour un bien ? », *Dalloz Actualités*, 16 février 2023, disponible en ligne sur <https://www.dalloz-actualite.fr/>.

<sup>23</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphes 43-44.

<sup>24</sup> Et ce, bien qu'elle se réfère à la question de la reconnaissance d'un « genre neutre » dans son arrêt (voy. paragraphe 38) et qu'elle rappelle sa jurisprudence constante en matière d'identité personnelle (paragraphes 47 et 75).

<sup>25</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphe 75.

sens, être dissociée de la question de son autodétermination de genre dans cette affaire.

Force est de constater que la gardienne de la Convention européenne des droits de l'homme demeure bien réticente à bousculer la classification traditionnelle de la population en deux catégories sexuées, refusant pour l'instant de juger l'absence d'une troisième catégorie de sexe neutre contraire au droit au respect de la vie privée des personnes intersexuées. Constatant que des intérêts publics majeurs sont en jeu – à savoir la préservation de l'organisation sociale et juridique française et du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes –, la Cour remarque en outre que la reconnaissance jurisprudentielle d'un troisième sexe neutre aurait « des répercussions profondes sur les règles du droit français construits à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination » et qu'elle doit, dès lors, « faire preuve en l'espèce de réserve »<sup>26</sup>.

Bien que la Cour refuse expressément d'examiner l'affaire sous l'angle de l'autodétermination du genre, la messe semble donc également dite en ce qui concerne la reconnaissance d'un troisième *genre* non binaire ou neutre à l'état civil, que ce soit pour les personnes intersexes (avec identité biologique intersexuée) ou s'identifiant comme non binaires (sans identité biologique intersexuée). En effet, à notre sens, la question du risque de bouleversement des normes juridiques fondées sur la binarité des sexes se pose autant au regard de la reconnaissance d'un sexe neutre qu'un *genre* neutre : la Cour laisse donc le libre choix aux États d'organiser, dans le cadre de leur marge d'appréciation, la possibilité de reconnaître juridiquement – ou non – une troisième catégorie, fût-ce de sexe ou de genre « neutre », dont la mention pourrait figurer sur l'acte de naissance des personnes intersexes.

6. *Perspectives d'évolution de la jurisprudence sur les personnes intersexes.* Cette jurisprudence sur le statut juridique des personnes intersexuées est potentiellement appelée à évoluer à l'avenir – voire dans un avenir proche : un réexamen de cette décision *Y. c. France* pourrait intervenir dès l'année prochaine, l'affaire ayant fait l'objet d'un renvoi devant la Grande chambre. En outre, et même si l'arrêt de Grande chambre devait confirmer l'arrêt commenté, la même question pourrait être réexaminée différemment dans le futur à l'occasion d'une nouvelle requête portant sur des griefs similaires. En effet, la Cour a relevé, dans sa décision, que la reconnaissance d'une autre catégorie sexuelle que « masculin » ou « féminin » est une question de politique générale sur laquelle de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, relevant d'un *choix de société* et incombant, en tant que tel, au décideur national<sup>27</sup>. Celui-ci disposant d'une marge d'appréciation élargie étant donné l'absence de consensus européen en la matière, elle conclut ainsi que le refus de rectifier l'acte de naissance du requérant pour l'adapter à son identité biologique – refus qui découle de l'absence de disposition légale permettant d'indiquer une autre mention que masculin ou féminin – n'est pas constitutif d'une violation de l'article 8 de la Convention. Dès lors, dans l'hypothèse où une majorité d'États européens viendraient à réformer leur droit interne en vue de reconnaître une troisième catégorie de sexe ou de genre non binaire<sup>28</sup>, et où

<sup>26</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphes 89-90.

<sup>27</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphe 90.

<sup>28</sup> La remise en question de la dualité des sexes telle qu'ancrée de longue date en droit positif est déjà à l'étude en Belgique. Aux antipodes de la jurisprudence française, la Cour constitutionnelle belge a jugé que les catégories « homme » ou « femme » ne pouvaient être considérées comme un principe de base de l'ordre constitutionnel belge, et qu'il doit être possible, pour les personnes dont l'identité de genre est non binaire, de modifier la mention du sexe à l'état civil afin qu'il corresponde à leur identité de genre. Cet arrêt oblige le législateur belge à remédier à l'inconstitutionnalité constatée en optant soit pour la création d'une *troisième catégorie* de genre (neutre), soit pour l'effacement pur et simple de la mention du sexe à l'état civil. Voy. C.C., arrêt du 19 juin 2019, n° 99/2019 (spéc. B.6.6.), commenté par G. WILLEMS, « Le genre non binaire et fluide consacré par la Cour consti-

apparaîtrait alors un consensus européen en la matière, une affaire similaire pourrait à l'avenir donner lieu à un constat de violation du droit au respect de la vie privée par la Cour de Strasbourg.

La Cour annonce elle-même d'ores et déjà ce réexamen futur, « eu égard, notamment, à l'évolution de la société et de l'état des consciences », rappelant l'évolution de sa propre jurisprudence en matière de transidentité<sup>29</sup>. En un sens, comme l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni* en 1986, cet arrêt pourrait, en dépit des apparences, poser les jalons d'une nouvelle évolution.

Elisa CROSSET DECHANY

Doctorante boursière à l'Université de Liège

## Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre)

14 février 2023

**Liberté d'expression – Lanceur d'alerte – Balance des intérêts – Intérêt public à l'information – Préjudice de l'employeur.**

### **Observations.**

*Au vu des constats opérés quant à l'importance, à l'échelle tant nationale qu'européenne, du débat public sur les pratiques fiscales des multinationales auquel les informations divulguées par un lanceur d'alerte ont apporté une contribution essentielle, l'intérêt public attaché à la divulgation de ces informations l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables résultant de celle-ci. Ainsi, après avoir pesé les différents intérêts en jeu (l'intérêt public que présente l'information divulguée et les effets dommageables de la divulgation) et pris en compte la nature, la gravité et l'effet dissuasif de la condamnation pénale infligée audit lanceur d'alerte, l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de ce dernier, en particulier de son droit de communiquer des informations, ne peut, in casu, passer pour nécessaire dans une société démocratique.*

(Halet / Luxembourg)

N° 21884/18

Le texte intégral de l'arrêt est disponible sous l'url : <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-223019>.

J.L.M.B. 23/170

### *Observations*

## **Auteur de signalement ou lanceur d'alerte ? Conditions et protections différentes d'un même phénomène**

tutionnelle : faut-il flexibiliser ou abolir l'enregistrement civil du sexe ? », *R.T.D.H.*, 2020, pp. 895-920 ; N. GALLUS, « L'enregistrement du nouveau sexe de la personne transgenre. L'évolution en droit belge : entre l'exigence du respect de la vie privée et la sécurité juridique de l'organisation de l'état civil », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. Pologne*, 17 février 2022, *R.T.D.H.*, 2023, pp. 247-264. Cette dernière option semble pour l'instant emporter la préférence du Gouvernement fédéral belge. Voy. note de politique générale, « Égalité des genres, Égalité des chances et Diversité », *Doc. parl.*, Chambre, session 2020-2021, n° 55-2294, p. 46, et l'accord du Gouvernement fédéral de 2020.

<sup>29</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Y. c. France*, 31 janvier 2023, paragraphe 91.