



HAL
open science

La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ?

Laurence Brunet, Marie Mesnil

► To cite this version:

Laurence Brunet, Marie Mesnil. La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ?. *La Revue des droits de l'Homme*, 2023, 10.4000/revdh.18198 . hal-04183501

HAL Id: hal-04183501

<https://hal.science/hal-04183501v1>

Submitted on 19 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ?

Laurence Brunet and Marie Mesnil



Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/18198>

DOI: 10.4000/revdh.18198

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Laurence Brunet and Marie Mesnil, "La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ?", *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 18 July 2023, connection on 19 July 2023. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/18198> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.18198>

This text was automatically generated on 19 July 2023.

All rights reserved

La parenté trans devant la Cour EDH : vers de nouvelles limites au changement de sexe ?

Laurence Brunet and Marie Mesnil

- 1 Quel est le genre de la filiation d'une personne ayant changé de sexe à l'état civil tout en ayant conservé des capacités procréatives qui lui ont permis d'avoir un enfant ? Pour la première fois, la Cour EDH est saisie de la question. Deux situations visant le droit allemand lui étaient soumises, l'une concernait un homme trans qui a accouché, l'autre une femme trans dont les spermatozoïdes ont permis la conception de l'enfant. Dans ces deux affaires, il s'agissait de décider si la filiation de l'enfant devait correspondre au sexe du parent indiqué sur l'état civil ou à la fonction procréative impliquée dans la naissance de l'enfant. Autrement dit, dans quel genre établir la parenté d'une personne trans qui a contribué biologiquement à la naissance d'un enfant sans violer la Convention EDH ? Ces décisions apportent une première réponse à une interrogation nouvelle, posée dans le cadre du droit allemand -où la situation avait été anticipée par le législateur-, mais qui concerne également le droit français¹.
- 2 Dans la première affaire, *O. H. et G. H. contre Allemagne*, un homme trans, célibataire, accouche, le 28 mars 2013, d'un enfant qu'il a conçu à l'aide d'un don de spermatozoïdes. Il souhaite être enregistré comme le père de l'enfant, mais l'officier de l'état civil, embarrassé par cette demande, saisit le Tribunal d'instance de Schöneberg. Le 13 décembre 2013, un refus lui est opposé par les premiers juges, qui ordonnent au service de l'état civil de l'inscrire comme mère, avec ses anciens prénoms féminins, sur l'acte de naissance de l'enfant. La Cour d'appel de Berlin, le 30 octobre 2014, confirme ce jugement. Saisie à son tour, la Cour fédérale de justice déboute l'homme de sa requête, dans une décision de principe du 6 septembre 2017, abondamment motivée, rappelant l'importance donnée en droit allemand à la "concordance entre la parenté biologique et la parenté juridique" (§ 17). La demande de l'homme échoue aussi devant la Cour constitutionnelle allemande qui, sans s'en justifier, n'admet pas son recours. Il introduit alors, en son nom et en celui de son enfant mineur, une requête devant la

Cour EDH en invoquant une atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH) et en faisant valoir que cette atteinte était discriminatoire (art 8 et 14 Conv. EDH combinés) : en effet, les “inscriptions contradictoires” entre leurs actes d’état civil respectifs les “exposent au risque de devoir donner des explications, et ainsi, de révéler que le premier requérant est transgenre“ (§ 76).

- 3 Dans la seconde affaire, *A. H. et autres contre Allemagne*, un enfant naît, le 16 juin 2015, au sein d’un couple binational de femmes résidant à Berlin. L’enfant a été conçu à partir des spermatozoïdes de la ressortissante allemande, qui avait auparavant changé de mention de sexe à l’état civil, et a été porté par l’autre femme, israélo-britannique. Avant la naissance, celle qui n’était pas enceinte a reconnu l’enfant, devant notaire, en tant que seconde mère. L’officier de l’état civil refuse par la suite d’inscrire cette reconnaissance de maternité sur l’acte de naissance de l’enfant aux motifs qu’elle n’a pas de validité juridique. Seule la femme qui a accouché est mentionnée comme mère. Les deux femmes saisissent le tribunal d’instance de Schöneberg afin que la seconde filiation maternelle soit établie et mentionnée dans le registre des naissances. Quelque temps après, elles concluent un partenariat de vie enregistré. Le tribunal d’instance de Schöneberg rejette leur demande, le 11 janvier 2016, tout comme la Cour d’appel de Berlin, le 6 septembre 2016. Le refus d’inscrire la femme trans comme seconde mère est confirmé par la Cour fédérale de justice, le 29 novembre 2017, qui, renvoyant à sa décision dans l’affaire similaire *O.H et G. H.*, conclut que seul l’établissement de la paternité est possible, l’enfant ayant été conçu à partir des spermatozoïdes de la requérante. L’ultime recours devant les juridictions allemandes ne prospère pas plus : la Cour constitutionnelle, sans motiver sa décision, rejette la demande des deux femmes qui, en leur nom et en celui de l’enfant, saisissent alors la Cour EDH. En n’offrant pas au second parent la possibilité d’établir une filiation maternelle, le droit allemand méconnaît, à leurs yeux, l’identité de genre de la femme trans et priverait l’enfant d’un second lien de filiation, ce qui constituerait une atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH) et emporterait un traitement discriminatoire (art. 8 et 14 Conv. EDH combinés).
- 4 Dans deux arrêts rendus le même jour, le 4 avril 2023, la Cour EDH considère, dans des termes très proches, d’une espèce à l’autre, et à l’unanimité à chaque fois, qu’aucune violation de l’article 8, pris isolément ou combiné à l’article 14, de la Conv. EDH ne peut être retenue à l’encontre de l’Allemagne dont les juges ont appliqué à bon escient les dispositions légales prévues. On notera que les affaires ont mobilisé plusieurs tiers intervenants – des ONG conservatrices et chrétiennes aussi bien que des associations de défense des droits des personnes trans –, qui, tous, soulignent, l’importance des enjeux soulevés par une éventuelle discordance entre la parenté juridique et ses fondements biologiques – que les premiers approuvent quand les seconds la dénoncent –, tant pour les États membres que pour les personnes concernées et leurs familles.
- 5 Alors que la CEDH a été motrice dans la reconnaissance des droits des personnes trans en Europe (I), elle semble, avec ces deux décisions, marquer le pas. Lorsqu’il s’agit de reconnaître la parenté de personnes trans ayant contribué biologiquement à la conception d’un enfant, elle considère que les États membres sont libres de le faire sans égard à l’identité de genre du parent, compte tenu de l’analyse restreinte qu’elle retient de l’atteinte portée au droit au respect de la vie privée (II). En faisant prévaloir les fonctions procréatives du parent sur son identité civile, la Cour continue d’étendre sa lecture biologisante de la filiation (III).

I/- La Cour EDH, à la pointe sur la reconnaissance des droits des personnes trans

- 6 Les situations examinées par la Cour EDH dans ces deux affaires qui concernent le droit allemand découlent de sa jurisprudence antérieure, qui a imposé aux États membres, de permettre le changement de mention de sexe à l'état civil des personnes trans, y compris en l'absence de traitement stérilisant. Autrement dit, la Cour EDH a été à l'origine des plus grandes avancées des droits des personnes trans en Europe : elle a assuré, par des décisions successives, d'abord le respect de leur identité de genre (A) et ensuite, la protection de leur intégrité corporelle (B).

A/- La possibilité de changer de mention de sexe à l'état civil

- 7 De manière constante, la Cour EDH accorde une grande importance au système juridique en cause et à l'existence ou non d'un consensus européen. Ces éléments se retrouvent à la fois dans les premières décisions qu'elle rend à propos du changement de mention de sexe à l'état civil et dans les deux affaires commentées. Elle rappelle en ce sens qu'"en ce qui concerne les intérêts publics invoqués par la Cour fédérale de justice, la Cour a admis dans le passé que la cohérence de l'ordre juridique pouvait revêtir une certaine importance dans la pesée des intérêts (*Christine Goodwin*, précité, §§ 86-88 et 91 ; *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, précité, § 47 ; *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 43-44, série A no 106)" (§122).
- 8 Rappelons à cet égard qu'avant de condamner le Royaume-Uni pour violation des articles 8 et 12 de la Convention EDH, dans l'affaire *Christine Goodwin* de 2002, les juges strasbourgeois avaient, à deux reprises, considéré que l'impossibilité, en droit britannique, de modifier la mention de sexe sur l'acte de naissance d'une personne n'emportait pas violation de la Convention. Dans les affaires *Rees* de 1986 et *Cossey* de 1990, les particularités du système d'état civil britannique ont été examinées avec attention par les juges : il n'existe pas de système d'état civil intégré au Royaume-Uni et, de ce fait, les documents officiels n'ont pas besoin de concorder avec les registres de l'état civil. Par conséquent, il est possible de se faire délivrer des documents officiels portant les nom et prénom choisis, l'abréviation pertinente (M., Mme ou Mlle), et le cas échéant, le sexe que la personne préfère. Seul l'acte de naissance ne pouvait être modifié, ce qui emportait notamment des conséquences "quant au mariage, à certains emplois et aux droits à la retraite" (CEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, requête n°9532/81, 17 octobre 1986, § 40). Compte tenu de la souplesse en la matière, la Cour EDH avait laissé au Royaume-Uni le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels », au-delà de la seule mention du sexe sur les documents officiels nécessaires à la vie courante (*Rees*, §47). Elle renouvelait le blanc-seing à plusieurs reprises par la suite, considérant qu'en l'absence de consensus européen, les atteintes au droit au respect de la vie privée doivent être importantes pour que l'État soit tenu de modifier ses règles sur la stabilité de l'état civil (CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990 ; CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, § 58).
- 9 À la même période pourtant, l'appréciation de la Cour EDH diffère lorsqu'elle porte sur le droit français dans la mesure où le système de l'état civil y est bien plus rigide. Tout en réitérant sa position attentiste sur la nécessité d'un consensus européen assez large,

qui fait encore défaut à ses yeux (CEDH, *B. c. France*, requête n° 13343/87, 25 mars 1992, § 48), “la Cour constate d'emblée qu'il existe entre la France et l'Angleterre des différences sensibles quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi de pièces d'identité, etc.” (*B. c. France*, § 51). Compte tenu de ces éléments rendant impossible le changement de prénom et de mention de sexe à l'état civil, et partant sur tous les documents officiels, la Cour EDH conclut que la requérante “se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (§ 44 ci-dessus), donc infraction à l'article 8 (art. 8)” (§63). Elle précise toutefois qu'il existe plusieurs moyens pour la France de remédier à cette violation et qu'il ne lui appartient pas de lui indiquer le moyen le plus adéquat.

- 10 En France, la Cour de cassation a tiré les conséquences de cette condamnation en faisant évoluer sa jurisprudence : à condition d'avoir suivi un traitement médico-chirurgical afin de rapprocher son apparence physique de l'autre sexe, et lui faire perdre certains “caractères de son sexe d'origine, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait plus obstacle à la modification de la mention de sexe à l'état civil (Ass. plén., 11 déc. 1992, n°91-11.900).
- 11 La Cour EDH opère, par la suite, un revirement de sa jurisprudence à propos du droit britannique dans l'affaire *Christine Goodwin*, en tenant compte des évolutions de la situation, dans l'État défendeur comme dans l'ensemble des États contractants en général, au regard de l'existence d'un consensus quant aux normes à atteindre. La prise en compte de ces éléments contextuels est jugée indispensable par la Cour EDH pour faire évoluer sa jurisprudence, tout en préservant la sécurité juridique, la prévisibilité et l'égalité devant la loi (CEDH, Gde chambre, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, §74). (*Goodwin*, §§ 49-50). Prenant en compte les propositions de réforme, émises par un groupe travail interministériel britannique, en faveur de possibles modifications des données relatives à l'état civil, la Cour n'est plus “convaincue que la nécessité de maintenir inébranlablement l'intégrité de la dimension historique du système d'enregistrement des naissances revête aujourd'hui la même importance qu'en 1986” (*Goodwin*, § 88). Concernant ensuite l'existence d'un consensus européen, elle précise sa position, en s'extrayant d'une approche purement comptable du consensus : en effet, elle “attache moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels, mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés” (*Goodwin*, §85). L'infléchissement est remarquable et conduit la Cour EDH à priver le Royaume-Uni de sa marge d'appréciation en la matière, « sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention ». « Aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle », la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention (*Goodwin*, § 93).
- 12 Ces affaires montrent de quelle manière la Cour EDH a forcé l'évolution en Europe de la reconnaissance des droits des personnes trans : quelle que soit l'organisation de leur système d'état civil, les États membres doivent permettre aux personnes d'y changer de

mention de sexe afin de les préserver d'atteintes, récurrentes, au droit au respect de leur vie privée.

B/- L'interdiction d'exiger une stérilisation préalable

- 13 La Cour EDH a également été amenée à s'intéresser aux conditions exigées pour pouvoir changer de mention de sexe à l'état civil et, en particulier, à la stérilisation préalable. Ces jurisprudences, plus récentes, ont conduit à nouveau à faire évoluer le droit français, entre autres, et expliquent les difficultés qui se posent en matière de parenté des personnes trans. La Cour a en effet contribué à permettre aux personnes trans d'obtenir la modification de leur sexe à l'état civil tout en conservant leurs fonctions reproductrices, leur permettant dès lors d'engendrer un enfant. D'où, comme dans les affaires allemandes, l'épineuse question d'une éventuelle discordance entre la mention de sexe à l'état civil et les capacités procréatives des personnes.
- 14 Sous l'aiguillon de la Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010, §20), la Cour EDH commence à se montrer attentive aux modifications d'ordre physique auxquelles pourrait être subordonné, de manière abusive, le changement de sexe à l'état civil. Une première occasion lui est offerte par le recours d'une personne turque contre le refus qui a été opposé, par ses juridictions nationales, à sa demande de changement de sexe, aux motifs que celui-ci n'était pas définitivement incapable de procréer et qu'il ne répondait pas, dès lors, à l'une des conditions imposées par le Code civil pour pouvoir changer de sexe, qui prévoit explicitement la stérilisation préalable (CEDH, *Y.Y c. Turquie*, requête n° 14793/08, 10 mars 2015, §17). En conséquence, le requérant n'avait pas pu accéder, pendant de nombreuses années, à une chirurgie de changement de sexe ; aussi la Cour conclut-elle à une violation de l'article 8 de la Convention protégeant le droit au respect de la vie privée. Elle avait préalablement pris soin d'écartier l'exigence d'un consensus européen, en affirmant que "la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu" (§ 109). La possibilité pour les personnes trans de ne pas subir de traitements stérilisants, par ablation de leur appareil reproducteur, était, dès ce moment, clairement ouverte.
- 15 Anticipant une condamnation, alors qu'une affaire où la France était en cause était pendante, le droit français a évolué. Avec la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle, les critères médicaux d'irréversibilité de la transition définis par les juges - qui supposaient, de manière déguisée, de subir des traitements chirurgicaux stérilisants- sont remplacés par des critères sociaux : "toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification" (art. 61-5 du Code civil). Cette démedicalisation du changement de mention de sexe à l'état civil est saluée par la Cour EDH, qui confirme que la condition d'irréversibilité de la transition, impliquant l'obligation d'être stérilisé, est bien contraire à l'article 8 de la Convention. En revanche, elle estime que ni la condition tenant à prouver la réalité du syndrome transsexuel, ni l'obligation de subir une expertise médicale ne constituent

des violations de l'article 8 (CEDH, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, requêtes n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13).

- 16 Il résulte de cette jurisprudence autorisant le changement de mention de sexe à l'état civil sans stérilisation préalable que les personnes trans peuvent procréer avec leurs gamètes et/ou leur utérus. Se posent dès lors aussi bien la question de l'établissement de la filiation des enfants, à la conception desquels elles auraient contribué et/ou qu'elles auraient portés, que celle de leur accès aux services de santé sexuelle et procréative². Compte tenu du rôle moteur de la Cour EDH dans les droits des personnes trans, imposant aux États de permettre le changement de mention de sexe et interdisant que la stérilisation en soit une condition préalable, on peut légitimement être étonné de ces arrêts rendus à propos de la filiation : comment expliquer que, dans ces situations, la Cour EDH permette aux États de faire primer les fonctions procréatives sur l'identité civile des personnes ?

II/- La Cour EDH, à la traîne sur la reconnaissance de la filiation des personnes trans ayant procréé

- 17 Dans les deux affaires examinées en l'espèce, la Cour EDH appréhende les potentielles atteintes aux droits fondamentaux des requérants sous le seul angle de la vie privée du requérant, qui ne fait pas le poids face aux spécificités du droit allemand (A) et réalise *in fine* un contrôle de proportionnalité que l'on pourrait trouver expéditif (B).

A/- Un prisme d'analyse restreint rendant les atteintes limitées

- 18 La plainte des requérants n'est, dans les deux cas, examinée que sous le volet "vie privée" dans la mesure où la Cour EDH retient que l'existence d'un lien de parenté entre la personne transgenre et l'enfant, qui vivent ensemble au domicile, n'était "pas contestée en elle-même" par les autorités allemandes : dans l'affaire *O.H et G. H.*, un lien de maternité est reconnu entre le père trans et l'enfant (§ 82), dans l'affaire *A.H et autres*, la mère trans a "la possibilité de se faire inscrire dans le registre des naissances en tant que père" de l'enfant (§ 86). Pareillement dans les deux espèces, la Cour EDH se place, sans surprise, sous l'angle des obligations positives (§ 110 dans les deux arrêts) : c'est là, souvent, la clef d'analyse qui ouvre aux États contractants une marge d'appréciation bien plus grande que celle des obligations négatives, où l'ingérence étatique est passée au crible³. À partir de là, le raisonnement de la Cour se déploie selon un schéma bien rôdé : la marge d'appréciation des États est, d'un côté, limitée par l'importance de la question en jeu pour l'existence ou l'identité de la personne, mais, de l'autre, renforcée lorsqu'aucun consensus ne se découvre entre les États sur la solution à adopter, ou quand l'État concerné doit trouver un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention (§ 112-113, dans les deux arrêts). Ici la balance penche, selon la Cour, en faveur d'une large marge d'appréciation accordée aux États : en effet l'autodétermination quant à son identité n'est aucunement remise en cause dans les deux affaires, contrairement aux affaires *B. c. France* ou *Goodwin c. Royaume-Uni*. Le préjudice survient par ricochet seulement et est, par conséquent, fortement atténué : ce sont les mentions sur l'acte de naissance de l'enfant qui auraient des répercussions sur la vie privée de son parent. Dès lors, il n'y a aucune raison pour la Cour de restreindre la marge d'appréciation de l'Allemagne,

d'autant qu'aucun consensus n'existe en la matière au sein des États membres du Conseil de l'Europe. Seuls cinq (Belgique, Malte, Slovaquie, Suède et Islande) ont admis de faire figurer dans l'acte de naissance de l'enfant la mention du sexe reconnu au parent transgenre, tandis que la majorité continue de désigner le parent selon sa fonction biologique dans la procréation (§ 114). Sur le terrain des intérêts en conflit, sans compter le droit de l'enfant à connaître ses origines et son intérêt à avoir une filiation stable, qui s'opposent au droit du parent trans à faire établir sa parenté en conformité avec son sexe à l'état civil, les intérêts publics pesaient lourdement¹⁹). Le gouvernement invoquait en effet, pour s'opposer à la demande des parents trans, la brèche qui serait introduite dans "l'exactitude et l'exhaustivité des registres de l'état civil, qui ont une force probante particulière", si l'attribution de la qualité de père ou de mère était dissociée de tout lien avec les fonctions procréatrices biologiques (réelles ou supposées) (§ 115). La justification, par la Cour EDH, de l'ample marge d'appréciation qui devait être accordée aux autorités allemandes laissait présager de la conclusion de son examen au fond par le rejet, dans les deux arrêts, des demandes, symétriquement inverses, des parents trans.

B/- La prise en compte des spécificités du droit allemand dans le contrôle de proportionnalité

- 19 En droit allemand, la possibilité pour une personne ayant changé de sexe à l'état civil de procréer a été prévue par le législateur dans des dispositions spécifiques que différentes juridictions sont venues consolider. Ces éléments juridiques nationaux sont déterminants pour la CEDH (1), qui s'est contentée préalablement d'un contrôle de proportionnalité plus formel que substantiel (2).

1/- L'encadrement de la parenté trans en droit allemand

- 20 Dans la pesée des intérêts en conflit, deux éléments contextuels allemands semblent décisifs dans l'appréciation de la Cour EDH.
- 21 Tout d'abord, il existe en droit allemand, par différence avec la France notamment, une réglementation explicite qui envisage le rattachement de l'enfant au parent qui l'a engendré après son changement de sexe à l'état civil. En effet, la loi relative au nom et au sexe des personnes transsexuelles (*Transsexuellengesetz*) du 10 septembre 1980, dite "loi TSG", prévoit, dans son article 11, que la décision de changement de mention de sexe "ne modifie pas le rapport juridique entre l'intéressé et ses parents, d'une part, et entre l'intéressé et ses enfants, d'autre part". Au cours des débats préparatoires de la "loi TSG", la question de la procréation des personnes ayant changé de sexe à l'état civil, tout en ayant conservé leurs capacités procréatrices ou gestationnelles, a été expressément soulevée et qu'en réponse, le législateur avait fait le choix dans le champ d'application de l'article 11 d'inclure "tous les enfants biologiques d'une personne transsexuelle, qu'ils fussent nés avant ou après la décision judiciaire relative au changement de sexe du parent" (§ 13, et aussi § 44, 59, 119, affaires *O.H et G. H* ; § 50, et aussi § 31, 46 et 119, affaire *A.H et autres*). L'intention du législateur allemand est donc claire : les situations de parenté biologique trans ont été anticipées avant même que la décision du 11 janvier 2011 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, déclarant inconstitutionnelle l'obligation pour une personne trans de subir une opération chirurgicale de stérilisation permanente, ne contribue à augmenter le nombre de ces

situations. Au demeurant, la Cour constitutionnelle rappelle à cette occasion que “la loi prévoyait un rattachement juridique sans équivoque, et conforme aux circonstances biologiques, de tout enfant à un père et à une mère” (§ 17, et aussi § 42-43, 120 dans l’affaire *A.H et autres* ; § 16-17, 54-56 et 120 dans l’affaire *O. H et G. H*)

- 22 Ensuite, la cour fédérale de justice allemande s’est déjà prononcée, de manière approfondie, dans les deux affaires soumises à la Cour EDH. Il est intéressant de remarquer que, pour l’essentiel, la Cour EDH ne fait que reproduire, de manière ostensible, l’évaluation des intérêts en conflit réalisée par la Cour fédérale de justice dans sa décision de principe du 6 septembre 2017. Elle adopte ainsi pleinement le point de vue de la juridiction allemande selon lequel “les intérêts de l’enfant se confondaient dans une certaine mesure avec l’intérêt général attaché à la fiabilité et à la cohérence de l’état civil” (§ 125 dans les deux arrêts). Selon la haute juridiction allemande, en effet, l’intérêt public à ce que les données consignées dans les registres de l’état civil soient complètes et exactes – ce à quoi la Cour EDH elle-même est toujours attentive (§ 122) – se superpose à celui de l’enfant d’être rattaché à ses parents, “suivant leurs fonctions procréatrices respectives”, de façon à ce que sa filiation soit ainsi établie “de manière stable et immuable”, le parent trans demanderait-il ultérieurement l’annulation de la décision de changement de sexe (§ 127 dans les deux arrêts)⁵. Il faut souligner que les enjeux liés à la distinction entre la maternité et paternité sont exacerbés en Allemagne – par rapport à la France – car les conditions d’établissement de la filiation et les conséquences au regard de l’exercice de l’autorité parentale, notamment si les parents ne sont pas mariés, sont bien différentes entre les deux sexes (§ 121 dans les deux arrêts). En droit allemand la maternité est établie par l’indication dans l’acte de naissance de celle qui a accouché et cette mention est obligatoire ; quant à la reconnaissance paternelle, lorsque les parents ne sont pas mariés, elle est subordonnée au consentement de la mère.⁶ Dans l’affaire *O.H et G. H*, la désignation du père trans qui avait accouché comme mère dans l’acte revêtait une importance particulière puisque, comme le soulignait le gouvernement allemand, elle permettait un “rattachement facile et rapide du nouveau-né” à un parent, ce qui assurait la sécurité juridique du premier (§ 94). En outre, “ce n’était qu’en rattachant l’enfant à une mère par sa naissance, que l’on pouvait le rattacher à un père” et “ce rattachement permettait par ailleurs à un homme transgenre célibataire d’obtenir l’autorité parentale exclusive, dont découlait aussi le droit de choisir le prénom de l’enfant” (§18).

2/- Un contrôle de proportionnalité plus formel que substantiel

- 23 On reste tout de même surpris par le niveau de généralité où se place la Cour EDH, en adhérant sans réserve à l’analyse de la Cour fédérale de justice allemande, alors même qu’un contrôle *in concreto* des droits individuels des requérants était attendu d’elle. Bien consciente de ce travers, elle s’en défend (§ 123-124 dans les deux arrêts), mais par une série de déformations de la demande des requérants. Premièrement, à l’instar encore de la Cour fédérale de justice allemande, elle déplace l’angle du contrôle sollicité : ce que les juges strasbourgeois examinent, ce n’est pas l’atteinte à la vie privée du parent trans, constituée par la mention de ses anciens genre et prénom dans l’acte de naissance de l’enfant, mais la manière dont la vie privée de l’enfant serait mieux préservée par un acte de naissance sans mention suspecte, ou étrange, aux yeux des tiers car établi conformément à la fonction procréative des parents (§128 dans les deux

arrêts). Deuxièmement, pour être quitte du contrôle de proportionnalité escompté, elle reprend les accommodements possibles, invoqués par la Haute juridiction allemande, en matière de publicité des actes de l'état civil. En effet, il peut être demandé seulement un extrait d'acte de naissance, dépourvu de toute donnée relative aux parents (§ 131 dans l'arrêt *O.H et G. H* ; § 130 dans l'arrêt *A.H et autres*). Cette option a été précisément ménagée par la loi allemande sur l'état civil du 19 février 2007 pour se conformer à "la loi TSG" (art. 5) qui interdit toute divulgation du changement d'état civil sans l'accord de l'intéressé (§ 27 dans l'arrêt *O.H et G. H* ; § 56 dans l'arrêt *A.H et autres*). Or, si les requérants, dans l'affaire *O. H et G. H*, ont bien allégué qu'il leur fallait fréquemment présenter un acte de naissance pour faire des démarches administratives – à la différence des requérants dans l'affaire *A.H et autres* – ils n'ont pas précisé si une version abrégée de l'acte de naissance, facilement disponible, pouvait leur suffire (§ 132 dans l'arrêt *O.H et G. H* ; § 131 dans l'arrêt *A. H et autres*). En outre, seul un nombre restreint de personnes, ayant déjà généralement connaissance de la transidentité de l'intéressé, sont habilitées à demander une copie intégrale de l'acte de naissance, toute autre personne devant faire valoir un intérêt légitime pour en obtenir une (§ 26, 51, 131 dans l'arrêt *O. H et G. H* ; § 38, 56, 130 dans l'arrêt *A. H et autres*).

- 24 Reprenant à son compte les aménagements possibles de la publicité des actes de l'état civil, mis en avant par la Cour fédérale de justice, la Cour EDH pouvait ainsi solder à bon compte le contrôle *in concreto* de l'atteinte à la vie privée du parent trans, requalifiée – on ne pourra qu'être sensible à l'euphémisme – de simples "désagréments" de la vie quotidienne (§ 132 dans l'arrêt *O.H et G.H*, § 131 dans l'arrêt *A. H et autres*). Dès lors, rien ne pouvait plus faire contrepoids à l'alliance des intérêts publics (des registres d'état civil complets) et des intérêts de l'enfant (une filiation immédiate et verrouillée) pour refuser d'établir la parenté selon le sexe à l'état civil.

III/- La Cour EDH, aveuglée par les lunettes biologisantes de la filiation

- 25 Si la Cour EDH endosse de manière si extensive la position de la Cour fédérale de justice allemande, c'est que le raisonnement de la seconde entre en résonance avec la conception de la filiation que la première a développée depuis plusieurs années. En effet, dans l'une et l'autre décisions, ce qui achève d'emporter le rejet par les juges européens de la demande des requérants, c'est l'importance accordée au droit de l'enfant de connaître ses origines. En considération de ce droit (A), une double objection est élevée contre toute discordance entre le sexe du parent indiqué dans l'acte de naissance et ses capacités procréatives, au profit d'une conception biologique de la filiation (B).

A/- La montée en puissance du droit de connaître ses origines

- 26 Une première déclinaison du droit de l'enfant à connaître ses origines avait conduit les autorités allemandes à soutenir que seule une filiation "fondée sur les fonctions dans le cadre de la procréation biologique" permet de s'assurer que l'enfant aura connaissance de ses origines. Dans cette perspective, le parent doit établir sa filiation conformément à son implication biologique dans la naissance de l'enfant et la filiation témoigne alors

des conditions de conception de l'enfant, en ne renvoyant pas à l'existence d'un tiers donneur, mais en indiquant que le père est le géniteur et la mère la gestatrice.

- 27 Cette préoccupation du droit allemand rejoint celle de la Cour EDH qui considère que le respect de la vie privée, protégée par l'art. 8 Conv. EDH, exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain. Si la formule a initialement couvert les renseignements sur l'enfance et les années de formation (voir CEDH *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n°160), concernant un enfant orphelin confié à divers parents nourriciers), progressivement, elle va essentiellement désigner les origines biologiques. Une série de décisions va venir ciseler, dans différentes hypothèses, le droit des personnes à "connaître les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle » (CEDH *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, n° 53176/99 ; *Mizzi c. Malte*, 12 janvier 2006, n° 26111/02 ; *Paulik c/ Slovaquie*, 10 octobre 2006, n° 10699/05 ; *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, n° 9535/08 ; *Călin et autres c. Roumanie*, 19 juillet 2016, n° 25057/11). Parallèlement, le droit aux origines s'autonomise de toute action d'état visant l'établissement ou la contestation de la filiation (CEDH, Gde ch., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98 ; *Jäggi contre Suisse*, 13 juillet 2006, n°58757/00 ; *Godelli c. Italie*, 25 sept. 2012, n° 33783/09, à propos de l'accouchement sous X). Pour imposer à l'enfant, contre son gré, une filiation qui soit conforme à la vérité biologique, la Cour EDH a même considéré que " [son] intérêt supérieur se trouvait moins dans le maintien de la filiation établie par la reconnaissance de paternité que dans l'établissement de sa filiation réelle", dans le conflit qui opposait le mari de sa mère, qui avait toujours élevé l'enfant, et son géniteur, avec qui celui-ci n'avait pas eu de relations (Cour EDH *Mandet c. France*, 14 janvier 2016, n° 30955/12). La Cour EDH a récemment affirmé que les tests génétiques ne sont pas contraires "à l'état de droit et à la justice naturelle, en particulier lorsque le test a pour but légitime de permettre à l'État de s'acquitter de son obligation positive de permettre à une personne de connaître ses origines (CEDH, *Mifsud c. Malte*, 29 janvier 2019, n° 62257/15, § 71). Des infléchissements sont toutefois perceptibles dans certaines circonstances (voir CEDH *Bagniewski c/ Pologne*, 31 mai 2018, n° 28475/14, où le refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN, sollicité par le père légal dans le cadre d'une action en désaveu, ne pouvait être retenu contre lui ; *Frölich c. Allemagne*, 26 juillet 2018, n°16112/15 ; le refus des parents de consentir à un test de paternité, demandé par le géniteur supposé, était conforme à l'intérêt actuel d'une enfant de six ans qui ne se posait aucune question sur sa filiation et n'était pas au courant de l'existence du géniteur présumé).
- 28 La reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui dans le pays où résident leur(s) parent(s) a donné lieu à une nouvelle salve de décisions faisant bénéficier la filiation biologique de la protection de l'art. 8 Convention EDH. En effet, malgré l'interdiction de cette pratique qui pouvait être contenue dans leur législation nationale, les États membres ont été tenus d'enregistrer dans leurs registres nationaux d'état civil la filiation du père biologique (Cour EDH *Menesson c. France et Labassée c. France*, 26 juin 2014 et n° 65192/11 et n° 65941/11). La parenté du second parent (de celui qui n'avait pas fourni ses gamètes ou de celle qui n'avait pas porté l'enfant) a fait l'objet d'un traitement différencié qui laissait plus de marge d'appréciation aux États dans les modes de reconnaissance légale de sa filiation. La filiation fondée sur la fonction procréative concentre, aux yeux des juges strasbourgeois, la protection garantie par l'article 8 de la Convention EDH, comme le montre, en creux, la

pusillanimité des mêmes juges à reconnaître un lien de filiation lorsque le soubassement biologique fait défaut (voir Cour EDH, Gd ch., *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017, n° 25358/12).

- 29 Il n'est donc guère étonnant que, confrontée pour la première fois à la reconnaissance de la parenté d'une personne trans, la Cour EDH ait repris, à l'unanimité, le prisme biologique appliqué par les autorités allemandes, tant il correspond à celui qu'elle a constamment promu dans l'établissement de la filiation. Il en résulte une hiérarchie dans les intérêts que défend la Cour EDH : le droit à l'autodétermination personnelle en matière d'identité sexuée cède devant l'intérêt, qui serait commun à l'État et aux enfants, à définir le statut familial en conformité stricte avec la généalogie biologique. L'émancipation des catégories "homme" et "femme" de tout déterminisme biologique exclusif échoue à s'étendre aux catégories "père" et "mère", qui peuvent rester appréhendées, en accord avec la Cour, de manière naturaliste, en rapport avec leur seule fonction respective dans la procréation. Les juges strasbourgeois apportent ainsi leur soutien aux États membres pour qui la maternité et la paternité ne sauraient se réduire à "des rôles purement sociaux", selon la formule de la Cour fédérale de justice allemande (§ 52 arrêt *A. H et autres*). On ne peut manquer de se demander si la France se situe encore dans ce camp⁷, alors que la constatation de la possession d'état conduit à l'établissement de la filiation, même si l'absence de lien biologique est certaine (Civ. 1^{ère}, avis, 23 novembre 2022)⁸ et que la maternité d'une femme qui a procréé avec ses spermatozoïdes peut être judiciairement déclarée (CA Toulouse, 9 février 2022)⁹.

B/- Le frein d'une conception biologique de la filiation

- 30 Le choix d'établir la filiation conformément au "sexe biologique" ou au "sexe juridique" du parent emporte en outre des conséquences au regard de l'autre parent, qui peut ne pas pouvoir établir sa propre filiation. Il s'agit de la seconde déclinaison du droit à la connaissance des origines.
- 31 Ainsi, dans l'affaire *O. H et G. H.*, la Cour fédérale de justice allemande mobilise le droit de l'enfant à connaître ses origines. Dans cette espèce, la mention de l'homme qui avait accouché de l'enfant en tant que père aurait empêché le géniteur qui avait donné son sperme de faire éventuellement établir sa paternité. On ne sait rien des circonstances exactes dans lesquelles le don de sperme a été réalisé, mais, qu'il ait eu lieu ou non dans un centre d'assistance médicale à la procréation, l'accès aux origines était garanti constitutionnellement et la question de l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur est restée incertaine jusqu'à la loi du 17 juillet 2017 qui est venue l'interdire¹⁰. On comprend donc, à lire le raisonnement de la Cour fédérale de justice allemande dans l'arrêt de principe du 6 septembre 2017, qu'à l'époque de la naissance de l'enfant, son rattachement au donneur de gamètes était possible. Inscrire l'homme qui avait accouché de l'enfant en qualité de père sur l'acte de naissance aurait donc fait obstacle à l'établissement d'un second lien de paternité avec le donneur de sperme, pour le cas où un lien social se serait développé entre l'enfant et lui, sauf à contester la paternité concurrente de l'homme trans et à priver l'enfant de son unique parent. Une telle situation paraissait "inacceptable" pour la haute juridiction allemande, aussi la seule solution conforme au "bien-être et à la protection de l'enfant" était-elle de désigner l'homme qui avait accouché comme mère de l'enfant (§ 20, 97, 126 de l'arrêt *O. H et G. H.*). La Cour EDH apporte, sans surprise, son soutien à cette analyse de l'intérêt de

l'enfant qui suppose de "pouvoir établir et faire enregistrer la paternité de son père biologique" (§ 126). La place du père doit rester libre pour l'éventuel établissement de la paternité du géniteur : c'est à ses yeux un argument supplémentaire pour refuser toute discordance entre le genre de la filiation et la véritable fonction procréative du parent.

- 32 Si c'est la France qui avait été mise en cause, un tel argument aurait pu sembler inopérant, dans la mesure où, depuis 1994, la loi fait barrage à l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et le donneur de gamètes... sous réserve, toutefois, que le don n'ait pas été amicalement réalisé et que les conditions légales qui encadrent un don médicalement assisté de gamètes aient été respectées (art. 342-9 C.civ.).
- 33 Ce raisonnement met en lumière l'imbrication des enjeux juridiques liés à la parenté trans et ceux liés à l'homoparenté : les restrictions importantes qui existent encore dans de nombreux États membres dans la reconnaissance de la parenté des couples de personnes de même sexe trouvent également à s'appliquer lorsqu'un des deux parents, voire les deux, est trans. Dans l'affaire *A.H. et autres c. Allemagne*, l'inscription de la femme qui a porté l'enfant comme la mère fait obstacle à l'établissement d'une seconde maternité, celle de la femme trans, tandis que dans l'affaire *O.H. et G.H. c. Allemagne*, l'inscription de l'homme trans comme père empêcherait, de manière très hypothétique, l'établissement d'une filiation à l'égard du géniteur, qui était en l'espèce un donneur, mais qui pourrait aussi être un second père s'il s'était agi d'un couple d'hommes.
- 34 Il reste que ces deux décisions n'épuisent pas l'ensemble des questions juridiques posées par la parenté trans : outre les situations dans lesquelles les couples se retrouvent, du fait de la qualification de leur parenté en fonction, soit de leur sexe biologique, soit de leur sexe juridique, en couple avec un parent de même sexe, l'établissement de la filiation et son genre différent selon le mode de conception de l'enfant – par AMP avec tiers donneur, par procréation charnelle – ou selon qu'il a été adopté. Il n'existe par conséquent pas une parenté trans, mais une multitude de configurations avec des solutions très variées, y compris au sein d'un même État comme en Allemagne.
- 35 En définitive, le prisme biologique privilégié par la Cour EDH, quand il s'agit de vérifier que les conditions d'établissement de la filiation n'ont pas porté atteinte au droit au respect de la vie privée d'un requérant, aboutit de manière appuyée dans les deux affaires commentées, à approuver les États qui retiennent une conception duale de la personne, le sexe d'origine ne disparaissant pas derrière le (nouveau) sexe reconnu à l'état civil¹¹. On avait appris que le droit ne saisit le réel que par le biais des qualifications, qui s'étendent en principe à l'être humain tout entier, à ses organes génitaux et à ses gamètes, quelle que soit la réalité biologique¹². Faut-il abandonner le raisonnement juridique, quand on aborde la procréation et la filiation des personnes trans, et s'en remettre aux sciences naturelles et créer un droit spécial pour les personnes trans¹³ ? Rien n'est moins sûr et la Cour EDH, elle-même, pourrait avoir une tout autre appréciation du droit français¹⁴, qui est bien moins abouti que le droit allemand dans la prise en compte de la parenté trans¹⁵.

NOTES

1. Voir M. Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », pp. 201-224 in M.-X. Catto, J. Malzaleigue-Labaste et L. Brunet (dir.), *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Éditions Mare et Martin, coll. de l'ISJPS, vol. 63, 2021.
 2. Conseil constitutionnel, 8 juillet 2022, décision n° 2022-1003-QPC, *AJ Fam.*, 2022, p. 435, notes M. Mesnil et S. Paricard.
 3. V. L. Brunet et M. Mesnil, « La bicatégorisation des sexes : une affaire qui mérite un débat d'intérêt général », *AJ Fam.* 2023. 168.
 4. V. J. Houssier, « Les gènes ou le genre (à propos de la mention du sexe d'origine des parents transgenres dans le registre des naissances allemand) », *AJ fam* 2023. 290.
 5. Pour un commentaire critique, v. M. Mesnil, « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023.
 6. <https://allemagneenfrance.diplo.de/fr-fr/service-consulaire/04-affaires-familiales-seite>
 7. C. Pérès, « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.*, 2019, 1184.
 8. M. Saulier, *AJ Fam.* 2023. 233 ; M. Lamarche, *Dr. fam.* 2023, comm. 20 ; E. Supiot, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-etablissement-de-filiation-par-possession-d-etat-nouvelles-perspectives>
 9. L. Brunet et Ph. Reigné, *La Semaine Juridique* 2022.581 ; M. Mesnil *AJ Famille*, 2022, 222.
 10. https://www.senat.fr/lc/lc186/lc186_mono.html#toc4 ; S. Paricard, *D.*, 2022, 888.
 11. V. J. Houssier, art. précité.
 12. L. Brunet et Ph. Reigné, « La filiation (et la Cour de cassation) à l'épreuve de la transidentité », *La Semaine Juridique*, 2020. 1164.
 13. S. Paricard, « Vers un droit spécial de la filiation », *D.*, 2018, 75.
 14. S. Paricard, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats combler le silence coupable du législateur », *D.*, 2019, 110.
 15. M. Mesnil, *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023.
-

ABSTRACTS

Alors que la Cour EDH a été motrice dans la reconnaissance de l'identité de genre des personnes trans en Europe et la protection de leur intégrité corporelle, elle marque le pas lorsqu'il s'agit de reconnaître, dans le respect de leur identité, la parenté des personnes trans ayant contribué biologiquement à la conception d'un enfant. Les États membres semblent laissés libres d'établir la filiation, paternelle ou maternelle, en fonction de l'implication biologique du parent dans la procréation et de dissocier ainsi le genre de la parenté de la mention du sexe à l'état civil. Ces décisions ne peuvent manquer d'interroger sur la manière dont la lecture biologisante de la filiation, que la Cour EDH n'a cessé de promouvoir, vient limiter la portée du changement de mention de sexe à l'état civil.

AUTHORS

LAURENCE BRUNET

Chercheuse associée à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (UMR 8103), Université Paris 1

MARIE MESNIL

Maîtresse de conférences en droit privé, Université de Rennes