



## OBSERVATIONS ÉCRITES

*soumises à la Cour européenne des droits de l'homme  
dans l'affaire*

*O.H. et G.H. c. Allemagne*

*(Requêtes n<sup>os</sup> 53568/18 et 54741/18)*

Grégor Puppinck, Directeur,  
Christophe Foltzenlogel,  
Nicholas Farnworth.

14 juin 2019

## Introduction

Le *Centre européen pour le droit et la justice* (ECLJ) est d'avis que dans cette affaire, il n'y a pas de violation du droit à la vie privée ou à la vie familiale contraire à l'article 8 de la Convention et que les actes des autorités allemandes ne constituent pas une discrimination contraire à l'article 14. Au contraire, l'ECLJ prétend que le Gouvernement allemand a agi convenablement, dans les limites de sa marge d'appréciation, en s'occupant d'une question très sensible et en protégeant plusieurs intérêts légitimes de l'État. Dans ces observations écrites l'ECLJ expliquera les raisons pour lesquelles les États européens devraient se voir reconnaître une large marge d'appréciation et montrera que les autorités allemandes ont correctement appliqué les principes de droit international dans leur résolution interne de ce conflit.

## Résumé

Cette affaire s'inscrit dans la suite d'un arrêt considéré par la Cour comme « affaire phare » : *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017. Elle est importante pour plusieurs raisons, ainsi que nous le développerons, mais le premier point à souligner est la rapidité avec laquelle cette affaire a été traitée par la Cour. Après l'avoir reçue en novembre 2018, la Cour lui a attribué un niveau d'importance « 3 » et l'a communiquée au Gouvernement allemand trois mois plus tard, en février 2019. Ce délai accéléré témoigne d'un empressement à étendre les idées subjectivistes adoptées dans *Christine Goodwin* et *AP, Garçon et Nicot*.

Au vu de la décision rendue dans *A.P., Garçon et Nicot*, l'ECLJ estime que :

a. Le raisonnement juridique suivi par la Cour sur les droits contenus dans l'article 8 depuis l'arrêt *Christine Goodwin* a créé de graves contradictions et incohérences qui doivent être corrigées (**section I**).

b. Le droit est fondé sur la réalité objective. Dans une situation complexe comme en l'espèce, il est impératif que la Cour s'appuie sur des preuves factuelles et des principes fondamentaux en accordant une grande marge d'appréciation aux États (**section II**).

c. Si la Cour devait conclure qu'une personne transsexuelle en transition de femme à homme, ayant utilisé volontairement ses organes reproducteurs féminins pour devenir enceinte et avoir un enfant, a un droit fondamental d'être légalement reconnue comme père de l'enfant, plutôt qu'en tant que mère, il en résulterait une multitude de conséquences graves. Une telle décision non seulement déstabiliserait et rendrait incohérente la législation interne allemande en matière de filiation (**section III**), mais elle violerait également les droits des enfants en vertu du droit international (**section IV**), porterait gravement atteinte à la crédibilité de la Cour et dissoudrait de fait les droits que la Cour est censée protéger (**section V**).

d. En l'espèce, il n'y a pas eu violation de l'article 14 parce que la première requérante a été traitée comme toute autre personne qui donne naissance à un enfant en droit allemand (c'est-à-dire une femme). Au contraire, la première requérante demande en réalité un traitement préférentiel en demandant la désignation de père légal alors qu'elle est biologiquement femme et a utilisé volontairement cette potentialité pour concevoir et donner naissance à un enfant, capacités que, par définition, les pères légaux ne possèdent pas<sup>1</sup>.

e. Une solution proportionnée dans ce cas serait d'ajouter, en marge de l'acte de naissance, que la mère a effectué un changement d'état civil et figure désormais en tant

<sup>1</sup> Voir BGH, 6 September 2017, XII ZB 660/14, ¶ 32, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=79598&pos=0&anz=1>

qu'homme sur tous ses papiers d'identité. Dans sa forme actuelle, le « Personenstandsgesetz » (PStG) permet plusieurs types de modifications en marge des documents d'état civil et pourrait permettre un tel changement<sup>2</sup>. Ainsi, il est possible que le changement de statut d'O.H. soit reconnu sans falsifier les autres faits que l'acte de naissance est destiné à enregistrer.

## **I. La précédente affaire de transsexualisme à la CEDH a créé des situations juridiques intenable pour les États**

Il est impératif de noter que le dilemme juridique de cette affaire est une conséquence directe des arrêts antérieurs de la Cour sur les questions relatives à la transsexualité. Avant l'arrêt *Christine Goodwin* de 2002, la Cour a toujours jugé que les États membres ne violaient pas l'article 8 en refusant de modifier leurs registres de naissance pour refléter la nouvelle identité de genre des transsexuels opérés<sup>3</sup>. Dans l'affaire *X, Y et Z c. le Royaume-Uni*, qui concernait l'établissement d'une relation entre un transsexuel et l'enfant d'un partenaire conçu par insémination artificielle, la Cour a affirmé la nécessité d'une grande marge d'appréciation sous l'article 8 en disant que « *le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants [...]* »<sup>4</sup>. Un an plus tard, la Grande Chambre a réaffirmé cette position dans l'arrêt *Sheffield et Horsham c. le Royaume-Uni*<sup>5</sup>. La Cour a donc sagement suivi ses décisions antérieures et conclu à nouveau à la non-violation de l'article 8.

L'affaire *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* a marqué un tournant dans la jurisprudence de la Cour sur le transsexualisme<sup>6</sup>. Dans sa conclusion, la Grande Chambre a considéré que le refus constant du Royaume-Uni d'accorder la reconnaissance légale complète aux transsexuels opérés en modifiant leurs actes de naissance constituait une violation de l'article 8, ayant observé « *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* »<sup>7</sup>. Dans le même temps, toutefois, la Cour a pris soin de limiter expressément la portée de son jugement aux personnes transsexuelles qui avaient subi une opération de conversion sexuelle, notant en particulier que « *toutes les difficultés corollaires qui pourraient en surgir, en particulier dans le domaine du droit de la famille, sont à la fois gérables et acceptables si l'on se limite aux transsexuels opérés ayant pleinement réalisé leur conversion* »<sup>8</sup>. En outre, la Cour a reconnu que les États doivent conserver une grande marge d'appréciation « *pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés [...]* » et dans la détermination « *[d]es conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique*

<sup>2</sup> Adrian de Silva, "Negotiating the Borders of the Gender Regime, Developments and Debates on Trans(sexuality) in the Federal Republic of Germany", *Gender Studies*, 2018, p. 85: "If the person announcing the child's birth was unable to name the child's first names, they had to be announced within a month's time. The names were then recorded on the margin of the birth entry".

<sup>3</sup> *Rees c. le Royaume-Uni*, No. 9532/81, 10 octobre 1986; *Cossey c. le Royaume-Uni*, No. 10843/84, 27 septembre 1990; *Sheffield et Horsham c. le Royaume-Uni*, GC, Nos. 22985/93, 23390/94, 30 juillet 1998.

<sup>4</sup> *X, Y et Z c. le Royaume-Uni*, GC, No. 21830/93, 22 avril 1997, ¶ 52.

<sup>5</sup> *Sheffield et Horsham c. le Royaume-Uni*, ¶ 57.

<sup>6</sup> *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni*, GC, No. 28957/95, 11 juillet 2002.

<sup>7</sup> *Ibid.* ¶ 85.

<sup>8</sup> *Ibid.* ¶ 91.

la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée »<sup>9</sup>.

Depuis l'arrêt *Christine Goodwin*, les affaires jugées par la Cour sur le transsexualisme ont évolué de la reconnaissance juridique elle-même aux types d'exigences que les États peuvent imposer comme condition d'une telle reconnaissance, notamment en ce qui concerne les institutions du mariage et de la famille. Pendant près de quinze ans, la Cour a confirmé à maintes reprises sa jurisprudence énoncée dans *Christine Goodwin*, jugeant dans trois affaires que les États défendeurs agissaient dans leur marge d'appréciation en refusant d'accorder aux personnes transsexuelles mariées un changement de leur état civil à la suite d'une opération de conversion sexuelle<sup>10</sup>. En particulier, dans l'arrêt *Hämäläinen c. Finlande* rendu en Grande Chambre, la Cour a jugé que le refus du gouvernement de reconnaître le changement de sexe d'un transsexuel marié sauf si le mariage existant était converti en un partenariat enregistré (comme l'exigeait alors la loi finlandaise), ne violait ni l'article 8 ni l'article 14. La Grande Chambre a rappelé que le caractère complexe et délicat des questions en jeu, ajouté au manque de consensus entre les États européens sur le mariage entre personnes de même sexe, rendaient nécessaire une grande marge d'appréciation dans laquelle les actions du gouvernement finlandais étaient appropriées<sup>11</sup>.

Néanmoins, dans l'affaire *AP, Garçon et Nicot c. France*, la Cour a inexplicablement abandonné les limites logiques établies par la Grande Chambre dans *Christine Goodwin* en concluant que certaines conditions pour la reconnaissance juridique des personnes transsexuelles - en particulier celle d'une transformation irréversible de l'apparence - pouvaient constituer une violation de l'article 8<sup>12</sup>. Cette décision renverse le principe établi dans *Christine Goodwin* selon lequel les États, bien qu'ayant l'obligation positive de reconnaître légalement le genre des transsexuels opérés, ont le pouvoir dans le cadre de leur marge d'appréciation de décider des moyens et des conditions nécessaires pour obtenir cette reconnaissance<sup>13</sup>. En effet, en vertu de cette décision, les États ne sont plus en mesure de vérifier que les caractéristiques physiologiques d'un individu correspondent au genre qu'il souhaite se voir reconnu comme un fait juridique objectif. Pour ce qui est du statut parental, l'ECLJ avait prévu il y a près de deux ans, au lendemain de l'arrêt *AP, Garçon et Nicot*, que ce changement de politique pourrait produire la situation devant laquelle se trouve actuellement la Cour : une femme biologique qui assume un rôle masculin dans la société mais qui a gardé ses organes reproductifs féminins et les a utilisés pour avoir un enfant<sup>14</sup>. Le jugement d'*A.P., Garçon et Nicot* amène donc la Cour à un tournant décisif sur de nombreuses questions relatives à l'identité sexuelle, au mariage, aux droits des enfants et à l'importance de la vérité en tant que valeur juridique et culturelle. Comme nous l'expliquerons dans les sections suivantes, une décision de la Cour qui suit le raisonnement subjectiviste dans *AP, Garçon et Nicot* apporterait de graves répercussions sur la société européenne en sapant la fiabilité des archives publiques et le droit des enfants d'avoir accès à leurs origines biologiques.

<sup>9</sup> *Ibid.* ¶¶ 85, 103.

<sup>10</sup> *Parry c. le Royaume-Uni*, No. 42971/05, 28 novembre 2006; *R. et F. c. le Royaume-Uni*, No. 35748/05, 28 novembre 2006; *Hämäläinen c. Finlande*, GC, No. 36515/97, 16 juillet 2014.

<sup>11</sup> *Hämäläinen c. Finlande*, ¶¶ 75, 87-88.

<sup>12</sup> *A.P., Garçon et Nicot c. France*, Nos. 79885/12, 52471/13 et 52596/13, 6 avril 2017, ¶ 135.

<sup>13</sup> *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni*, ¶ 103.

<sup>14</sup> Priscille Kulczyk, « Vers un droit fondamental à 'choisir son sexe' ? » juillet 2017, (accessible ici : <https://eclj.org/family/echr/towards-a-fundamental-right-to-choose-ones-sex>).

## II. La Cour devrait accorder une grande marge d'appréciation à l'Allemagne en l'absence d'un consensus européen et de la sensibilité de cette affaire

Les domaines de la vie privée et familiale impliquent de manière inhérente plusieurs préoccupations morales, éthiques, sociales et religieuses. Cela engendre inévitablement des désaccords nombreux non seulement entre cultures distinctes, mais également entre personnes au sein de chaque société. Reconnaisant cette réalité, la Cour a toujours eu pour principe établi d'accorder aux États membres une grande marge d'appréciation pour satisfaire aux exigences de l'article 8<sup>15</sup>. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les « obligations positives » qui ont été identifiées par la Cour<sup>16</sup>.

Pour déterminer la marge d'appréciation, la Cour considère généralement un certain nombre de facteurs importants. Il s'agit notamment de savoir si un aspect essentiel de l'identité d'un individu est en jeu ; si un « consensus » général ou une « approche commune » à la question peuvent être trouvés entre les États membres ; si la question soulève des questions sensibles de nature morale ou éthique ; et si l'affaire exige que l'État établisse un équilibre entre des intérêts concurrents<sup>17</sup>. Si aucun consensus ne peut être trouvé entre les États membres, si l'affaire concerne des questions morales et éthiques délicates, ou si l'État est tenu de ménager un équilibre entre des intérêts concurrents, la marge accordée par la Cour sera généralement grande<sup>18</sup>.

En l'espèce, au vu de ces critères, la Cour devrait accorder à l'Allemagne une grande marge d'appréciation pour trois raisons. Premièrement, il existe un fort consensus négatif parmi les États membres concernant la modification du certificat de naissance d'un enfant afin de refléter le changement de sexe de son parent, que ce changement soit effectué avant ou après la naissance de l'enfant. En mai 2019, seuls 4 des 47 États membres du Conseil de l'Europe reconnaissaient l'identité de genre des parents transsexuels sur l'acte de naissance de leur enfant<sup>19</sup>. Dans les 43 autres États, dont l'Allemagne, la caractérisation juridique des relations parent-enfant – c'est-à-dire les désignations de maternité et de paternité - repose uniquement sur les faits génétiques et biologiques relatifs à la naissance de l'enfant<sup>20</sup>. En outre, bien que les États membres se soient récemment dirigés vers l'élimination de la stérilisation et de la chirurgie de réassignation en tant que conditions préalables à un changement d'état civil, les pays occidentaux restent largement divisés sur les meilleurs moyens de régler le processus de changement de sexe et de résoudre les divers problèmes subsidiaires qui en résultent. Plus des trois quarts des États européens exigent que les transsexuels obtiennent un diagnostic de santé mentale avant de recevoir la reconnaissance légale du changement de sexe ; environ la moitié exige la dissolution d'un mariage existant, et seuls cinq fondent leurs procédures de reconnaissance exclusivement sur l'autodétermination de l'individu<sup>21</sup>. Même en ce qui concerne dispositions exigeant un changement de sexe définitif par suite d'une opération, qui ont maintenant été supprimées dans environ deux tiers des États membres, la

<sup>15</sup> *Rees c. le Royaume-Uni*, ¶ 35 ; voir aussi *Fretté c. France*, No. 36515/97, 26 février 2002, ¶ 41.

<sup>16</sup> *Hämäläinen c. Finlande*, ¶ 67.

<sup>17</sup> *Id.*; voir aussi *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni*, ¶ 85 ; *Fretté c. France*, ¶¶ 41-42 ; *X, Y et Z c. le Royaume-Uni*, ¶ 44.

<sup>18</sup> *Hämäläinen c. Finlande*, ¶ 67.

<sup>19</sup> Transgender Europe (TGEU), "Trans Rights Europe & Central Asia Map & Index 2019," 30 avril 2019, (accessible en anglais ici : <https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-map-index-2019/>).

<sup>20</sup> *Id.*; voir aussi Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Code civil], §§ 1591-92 ; TSG § 11.

<sup>21</sup> Transgender Europe (TGEU), "Trans Rights Europe & Central Asia Map & Index 2019," 30 avril 2019.

grande majorité de ces changements est survenue au cours des dernières années<sup>22</sup>. Ce fait indique que la loi dans ce domaine se trouve largement dans une phase transitoire.

Ensuite, l'État allemand devrait jouir d'une grande marge d'appréciation car il doit trouver un équilibre entre intérêts publics et privés concurrents, dont le plus important est de maintenir la cohérence des lois internes sur la parentalité et la succession. Comme la Cour l'a elle-même constaté, la cohérence (ou l'incohérence potentielle) des pratiques juridiques et administratives internes d'un État est « *un facteur important* » à prendre en compte lors de l'appréciation d'une affaire en vertu de l'article 8<sup>23</sup>. En l'état actuel des choses, la législation allemande relative à la parentalité et à la reconnaissance juridique des personnes transgenres est logique et établit un équilibre satisfaisant entre les droits des personnes transgenres tels que reconnus par la CEDH et ceux de leurs enfants et de la société en général.

En outre, l'Allemagne a pour politique de ne permettre que la procréation naturelle, excluant ainsi les dons d'ovules destinés à la procréation d'un enfant. « *Selon les lignes directrices contraignantes pour tous les professionnels de la santé, l'accès aux services de traitement antirétroviral est accordé à tous les couples mariés, mais il n'est accordé aux couples hétérosexuels cohabitants que dans des circonstances exceptionnelles* »<sup>24</sup>. Nous voyons donc ici la cohérence de l'État allemand en interdisant la maternité de substitution, le don d'ovules et l'enregistrement d'une personne transgenre femme-à-homme comme père de l'enfant né d'elle. L'Allemagne maintient donc avec cohérence le principe important : *mater semper certa est*.

Enfin, l'Allemagne devrait bénéficier d'une grande marge d'appréciation en raison des problèmes moraux et éthiques délicats soulevés dans cette affaire. Dans de tels cas de litiges susceptibles de bouleverser des normes sociales établies et la conception traditionnelle d'institutions sociales vitales (telles que le mariage ou la famille), il est essentiel que la Cour rappelle l'objectif de la Convention et procède à son analyse sur la base des principes fondamentaux. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les droits protégés par l'article 8. Ces dernières années, la Cour a choisi d'abandonner la proposition défendue par les auteurs de la Convention selon laquelle la famille – et non l'individu – est l'élément fondateur d'une société libre. À sa place, la Cour a décrété la prééminence des droits individuels (c'est-à-dire les notions idéalisées de volontés individuelles) sur les définitions naturelles du sexe, du mariage et de la parentalité qui constituent la base de toute société humaine. Cette façon de penser sous-tend directement l'affirmation actuelle de la première requérante selon laquelle le refus des autorités allemandes de modifier l'acte de naissance de l'enfant requérant – en contradiction avec un fait biologique établi – viole le droit au respect de la vie privée et familiale.

Un examen des travaux préparatoires de l'article 8 révèle toutefois que ces dispositions avaient un sens et un but originaux très différents de ceux recherchés par la requérante en l'espèce. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et des atrocités commises par le régime nazi, les auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne voulaient garantir « *l'inviolabilité* » des personnes et des familles, protéger le « *caractère sacré du foyer* », et garantir les « *droits naturels qui découlent du mariage et de la parentalité* ». L'ECLJ souligne que pour maintenir les principes de stabilité et de cohérence, il faut que le droit international soit interprété selon ces principes universellement acceptés, et

<sup>22</sup> A.P., *Garçon et Nicot c. France*, (Ranzoni, J., opinion dissidente), ¶ 10.

<sup>23</sup> *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni*, ¶ 78.

<sup>24</sup> No. 3.1.1. Directives de la Chambre des médecins, Bundesärztekammer, 2006.

non pas seulement suivant les dernières tendances sociales d'Europe occidentale. À cette fin, la Cour devrait adopter une approche prudente et se conformer au point de vue du nouveau président de la Cour, selon lequel la Convention prévoit « *un niveau de protection minimal* »<sup>25</sup> et non une invitation à établir de « *nouveaux droits* » jamais envisagés par les auteurs de la Convention ni universellement reconnus comme fondamentaux par les États membres.

### **III. Inaliénabilité de l'état civil : Nécessité (et reconnaissance internationale) de définitions objectives sur le genre et la filiation**

Les informations spécifiques inscrites sur les actes de naissance sont liées à l'état civil d'une personne et visent à établir certains faits juridiques concernant cette personne qui serviront de référence pour toute sa vie<sup>26</sup>. Du fait de sa nature d'instrument juridique écrit et authentifié par des fonctionnaires de l'État, la véracité du contenu d'un acte de naissance revêt une grande importance. Le chapitre 1 de la loi allemande sur le statut personnel (« *Personenstandsgesetz* », ancien art. 2) décrit l'objectif du système national d'enregistrement des naissances comme étant de documenter les informations factuelles relatives à la naissance d'un enfant en tant qu'événement historique. Le greffier est donc chargé de consigner avec exactitude les faits qui constituent les éléments les plus élémentaires de l'état civil<sup>27</sup>.

En examinant les textes internationaux sur l'objet et la fonction de l'enregistrement des naissances, il est significatif que l'ONU, dans son rapport sur les programmes d'enregistrement des naissances, fournisse un formulaire avec les champs « père » et « mère » de l'enfant sans aucune autre référence au sexe des parents<sup>28</sup>. En effet, un examen minutieux du formulaire traduit l'hypothèse inhérente (et juste) que les faits biologiques relatifs à l'entrée d'un enfant dans le monde – c'est-à-dire l'attribution de la maternité et de la paternité – sont des faits insoumis aux idéalizations de la volonté d'un individu. Des interprétations similaires peuvent être faites dans les travaux de l'Organisation mondiale de la santé, qui possède un département de « santé maternelle » et est pleinement engagée dans la protection de la santé postnatale des enfants et de celle de leurs « mères », c'est-à-dire des femmes qui leur ont donné naissance. Dans les dernières recommandations de l'OMS sur la santé maternelle<sup>29</sup>, qui traitent de diverses questions liées aux soins postnatals, les termes « mère » et « femme » sont utilisés comme des synonymes et reposent clairement sur des définitions biologiques objectives. En effet, le droit aux soins spécifiques identifiés dans ce document, et par la communauté médicale en général, découle de la vérité biologique et des risques avérés associés à la grossesse et à l'accouchement. La classification des rôles et fonctions de genre ne repose pas sur la volonté ou le sentiment, mais plutôt sur des faits objectifs pour garantir à une personne des droits fondamentaux dont elle jouit en tant que conséquence de ses caractéristiques biologiques ou d'un statut unique – comme la grossesse, par exemple – qui la distingue du reste de la société.

<sup>25</sup> Linos-Alexandre Sicilianos, « Sur l'affaire Lambert, il appartient à l'Etat de faire ses choix », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juin 2019.

<sup>26</sup> UNICEF, *Every Child's Birth Right: Inequities and Trends in Birth Registration*, 2013, (accessible en anglais : [https://www.un.org/ruleoflaw/files/Embargoed\\_11\\_Dec\\_Birth\\_Registration\\_report\\_low\\_res.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Embargoed_11_Dec_Birth_Registration_report_low_res.pdf)), p. 4.

<sup>27</sup> Adrian de Silva, « *Negotiating the Borders of the Gender Regime, Developments and Debates on Trans(sexuality) in the Federal Republic of Germany* », *Gender Studies*, 2018.

<sup>28</sup> UNICEF, *A Passport to Protection: A Guide to Birth Registration Programming*, décembre 2013 (accessible en anglais : [www.refworld.org/pdfid/52b2e2bd4.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/52b2e2bd4.pdf)), pp. 122-23.

<sup>29</sup> OMS, *Recommandations sur la santé maternelle*, Lignes directrices approuvées par le Comité OMS, mis à jour en mai 2017.

L'idée qu'une personne puisse demander une modification substantielle de son état civil sans démontrer que les informations actuelles sont objectivement erronées est porteur de conséquences dramatiques pour l'appréhension des droits d'une personne en vertu du système juridique et pour la cohérence interne du système lui-même. Si l'on permettait à la mère biologique d'un enfant d'obtenir légalement un statut de paternité dans le registre des naissances et de l'indiquer sur l'acte de naissance de celui-ci, il serait extrêmement difficile de conserver des registres précis des relations biologiques et familiales. Cela est particulièrement vrai si les individus changent de sexe à leur gré. En effet, comment la Cour sait-elle que la première requérante dans cette affaire s'identifiera définitivement en tant qu'homme et ne changera pas de statut dans deux, cinq ou dix ans ? Qu'est-ce qui pourrait empêcher plusieurs changements de l'acte de naissance en fonction de la volonté des parents ? Au surplus, bien qu'il n'existe aucune information permettant de qualifier le comportement d'O.H. « d'incongruence de genre »<sup>30</sup>, le fait qu'O.H. ait commencé puis arrêté son traitement de conversion sexuelle – et pourrait encore le reprendre – est révélateur d'une incertitude continuelle propice à la confusion et à l'obscurcissement de la vérité.

La vérité est le fondement de toute loi et de toute justice. Les États ne peuvent être obligés de délivrer des documents d'état civil qui falsifient délibérément certains aspects non-modifiables de l'identité physique d'une personne. En l'espèce, permettre à la première requérante d'être légalement enregistrée en tant que père de G.H. aurait pour effet de priver G.H. d'une mère légale. Malgré le changement juridique de sexe effectué par O.H., le fait objectif de sa féminité biologique demeure, comme en témoigne sa grossesse et la naissance de G.H. En outre, que se passerait-il si le donneur anonyme de sperme grâce auquel O.H. a conçu G.H. voulait révéler son identité et être reconnu comme le père légal et biologique de l'enfant ? Si le Gouvernement allemand était obligé de se conformer à la demande d'O.H., une telle reconnaissance serait impossible parce que le droit allemand en vigueur exige que l'enfant n'ait qu'une mère et qu'un père. Cela serait également vrai si l'Allemagne décidait d'exiger, comme le fait l'État de Victoria en Australie, l'identification des donneurs anonymes de sperme en tant que père biologique de tout enfant conçu grâce à un don<sup>31</sup>. *In fine*, la demande de la première requérante ne correspond pas à la réalité des circonstances entourant la naissance de G.H. et ne devrait donc pas être reconnue comme un fait juridique. Faire cela créerait de la confusion pour les États sur la manière de maintenir des archives exactes et élèverait le droit (artificiel) d'un individu à l'autodétermination au-dessus des intérêts concurrents de l'enfant et de la société de préserver l'intégrité de la cellule familiale et le système national des registres des naissances.

#### **IV. Autoriser des modifications arbitraires du statut parental violerait les droits des enfants en vertu du droit international**

Les prétentions de la première requérante entrent en conflit direct avec les droits de G.H. en vertu de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989, que l'Allemagne a signée et ratifiée respectivement en 1990 et 1992 et qu'elle doit respecter au titre du droit international.

<sup>30</sup> WHO, ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics, avril 2019. Selon ce rapport, l'incongruence de genre est : « caractérisé par une incongruence marquée et persistante entre le genre expérimenté d'un individu et le sexe attribué. » (traduction libre).

<sup>31</sup> Assisted Reproductive Treatment Act 2008, Victorian Current Acts.

Premièrement, il violerait les droits de l'enfant énoncés à l'article 3-1 de cette convention d'accorder à O.H. la paternité légale de G.H. L'article 3-1 stipule que : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». L'intérêt supérieur de l'enfant est de lui fournir un acte de naissance fondé sur la réalité et qui reflète avec précision le rôle biologique joué par chaque parent dans sa conception et sa naissance, sans égard aux relations que l'enfant pourrait établir avec ses parents plus tard.

Deuxièmement, les revendications de la première requérante entrent également en conflit avec l'article 7-1 de la CIDE, qui stipule que : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Le but de cet article est de protéger la filiation de l'enfant. Sauf à ce que cela soit vraiment impossible en raison de faits invincibles, un enfant a le droit de connaître l'identité de son père et sa mère biologiques, c'est-à-dire de l'homme et de la femme qui l'ont conçu et mis au monde. Toute autre interprétation du terme « parents » priverait effectivement l'enfant du contenu du droit énoncé ici. Si la paternité et la maternité pouvaient être attribuées selon la volonté de l'identification de genre de l'un ou des deux parents, l'article signifierait que l'enfant a le droit de savoir qui *veut être* son père et sa mère, et non pas qui ils sont réellement.

Troisièmement, les articles 9 et 10 de la CIDE font référence au droit de l'enfant de rester en contact avec ses « deux parents ». Le paragraphe 3 de l'article 9 stipule : « *Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Permettre à un parent d'effacer et de remplacer la désignation biologique de maternité et de paternité inscrite sur l'acte de naissance de son enfant serait clairement contraire à l'intention de cette disposition et à l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, les situations qu'implique une procédure de don anonyme, telle que celle décrite ici, posent un problème accru du fait que l'enfant a déjà été délibérément privé d'un parent. Dans cette affaire, G.H. est déjà sans connaissance de son père biologique puisqu'O.H. a utilisé le sperme d'un donneur anonyme pour concevoir. Par conséquent, si l'Allemagne était tenue de reconnaître la paternité présumée d'O.H. sur l'acte de naissance de G.H., ce dernier serait totalement privé d'une mère légale et se verrait attribuer un « père » légal qui n'est génétiquement ni le sien ni masculin ne pouvant donc pas véritablement engendrer un enfant au sens scientifique du terme<sup>32</sup>.

En outre, une décision favorable aux requérants porterait atteinte aux droits des enfants énoncés par la CEDH dans sa propre interprétation de l'article 8 de la Convention. Dans l'arrêt *Phinikaridou c. Chypre*, la Cour a jugé que : « *Le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, et le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (...) Ce qui inclut l'obtention des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »<sup>33</sup>. Dans cette affaire, la première requérante a accepté une insémination artificielle utilisant le sperme d'un donneur anonyme pour devenir enceinte et avoir un enfant, fonctions biologiques

<sup>32</sup> Voir : Priscille Kulczyk, « Vers un droit fondamental à 'choisir son sexe' ? », préc. ; voir également : BGH, XII ZB 660/14, ¶¶ 9-10, 26.

<sup>33</sup> *Phinikaridou c. Chypre*, No. 23890/02, 20 décembre 2007, ¶ 45.

qui n'existent pas pour les hommes. En tant que tel, le choix d'accorder à O.H. la reconnaissance légale en tant que père de G.H. entrerait en conflit avec le respect de la vie privée de l'enfant et créerait une fausse réalité en contradiction avec ses origines biologiques. Le fait que l'autorisation d'une telle modification soit incompatible avec la jurisprudence de la Cour en matière de droits de l'enfant a été confirmé par la Grande Chambre dans l'affaire *Odièvre c. France* : « A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs »<sup>34</sup>. Il ne peut évidemment pas être question, dans un système juridique enraciné dans les principes universels de droit naturel qu'une personne qui a pris le sperme d'un homme et mené à son terme une grossesse puisse exiger sur la base de sa seule volonté le droit de cacher les origines biologiques de son enfant afin de valider une perception de soi fondamentalement fausse.

En outre, la Cour a souligné à plusieurs reprises que, dans certaines circonstances, les intérêts personnels des parents peuvent être subordonnés à ceux de l'enfant. Dans l'arrêt *Fretté c. France* la Cour a rappelé « à cet égard qu'elle a déjà considéré que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, « une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent »<sup>35</sup>. De même, dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, la Cour a reconnu le désir légitime des requérants de devenir parents, mais au vu des intérêts importants en jeu (la violation des lois sur la famille et sur l'adoption par le recours à la gestation par autrui), elle a légitimement subordonné cet intérêt à celui des enfants et de l'intérêt général. La Grande Chambre a noté que l'article 8 ne garantit pas le droit de devenir parent et que, par conséquent, les moyens disponibles aux couples pour atteindre cet objectif peuvent être limités pour protéger d'autres intérêts fondamentaux<sup>36</sup>. À cause de l'importance des liens biologiques d'un enfant dans le développement de son identité personnelle<sup>37</sup>, il en découle que préserver la reconnaissance juridique de ces liens au profit de l'enfant devrait passer avant le désir du parent transgenre d'obtenir la reconnaissance juridique du statut parental correspondant à celui qu'il voudrait assumer<sup>38</sup>. La Convention protège le droit de fonder une famille et de respecter la vie de famille, mais il ne reconnaît pas le droit d'ignorer ou de travestir la vérité. Il n'existe aucun droit à l'autodétermination du statut de parent, peu importe le désir d'une personne.

## **V. La redéfinition culturelle du genre dissout les droits que la Convention et la Cour sont censées protéger**

La responsabilité d'assurer le respect des droits et des libertés garantis par la Convention ne donne pas à la Cour un pouvoir illimité de dicter aux États européens la manière de résoudre les situations qui résultent de la création d'une fiction juridique telles que la reconnaissance d'une mère biologique en tant que père sur l'acte de naissance de l'enfant. La Convention a été écrite pour assurer la protection de droits universels et intemporels enracinés dans la vérité objective. En tant que tels, il serait contraire à l'esprit de ses dispositions que la

<sup>34</sup> *Odièvre c. France*, GC, No. 42326/98, 13 février 2003, ¶ 29.

<sup>35</sup> *Fretté c. France*, ¶ 42 (citant *E.P. c. Italie*, No. 31127/96, ¶ 62, 16 novembre 1999).

<sup>36</sup> *Paradiso et Campanelli c. Italie*, GC, No. 25358/12, 24 janvier 2017, ¶¶ 141, 215.

<sup>37</sup> *Menesson c. France*, No. 65192/11, 26 juin 2014, ¶ 100.

<sup>38</sup> Voir BGH, XII ZB 660/14, ¶ 26 (La Cour fédérale allemande arrive à la même conclusion).

Cour ignore les faits biologiques et exige la falsification délibérée de documents officiels au nom des droits individuels.

Abandonner les critères objectifs de la biologie pour la perception subjective ou les souhaits d'un individu ne peut que conduire à une injustice, comme cela a déjà été illustré dans plusieurs cas où des athlètes transgenres hommes-à-femmes ont été autorisés à prendre part à des compétitions féminines, au côté de femmes biologiques et ont établi de nouveaux records. Par exemple, en avril 2019, Mary Gregory, haltérophile transgenre, biologiquement homme mais qui s'identifie comme femme, a battu les records du monde pour les femmes de sa catégorie d'âge et de poids dans les disciplines du squat, du développé-couché et du soulevé de terre<sup>39</sup>. Après avoir découvert que Mary Gregory était biologiquement un homme, l'organisateur de la compétition, *100% RAW Powerlifting Federation*, a annulé ces nouveaux records féminins, car Gregory ne répondait pas aux critères physiologiques requis pour concourir dans la catégorie féminine. De même, aux Championnats du monde de cyclisme sur piste de 2018, un transsexuel homme-à-femme possédant les caractéristiques biologiques et physiologiques d'un homme avait été autorisé à concourir avec les femmes biologiques et avait finalement gagné un sprint féminin<sup>40</sup>. Comme ces exemples l'illustrent, le respect illimité des perceptions personnelles de l'identité de genre ne favorise pas une plus grande égalité, mais crée en réalité des situations d'inégalité flagrante et démantèle la notion de règles du jeu équitables.

Par définition, le caractère contraignant des droits de l'homme signifie qu'ils ne peuvent être le résultat de simples opinions culturelles ; ils existent parce qu'ils sont intrinsèquement utiles et souvent nécessaires pour identifier et réaliser le bien-être de la société. Ainsi, compter sur les mentalités culturelles pour définir des concepts tels que mariage et famille prive les droits associés à ces institutions de leur force. Car on substitue leur nature interchangeable par une perception extrinsèque de la moralité qui est toujours en évolution et donc par définition complètement relative. Une fois redéfini par la culture, le droit de se marier et de fonder une famille tire sa valeur et sa force non pas de principes intemporels, mais des opinions prédominantes du jour ; il devient subordonné aux aléas politiques et sociaux et doit nécessairement renoncer à toute revendication d'universalité. En outre, comme la nature universelle des droits de l'homme présuppose et requiert un concept universel de l'homme et que les droits de se marier et de fonder une famille requièrent un concept universel de sexe biologique et de rôles des genres, la transformation de ces droits en libertés subjectives qui dépendent entièrement de l'évolution de la pensée sociale détruit à la fois leur universalité et leur contribution intrinsèque à la santé et au bien commun de la société humaine.

## VI. Conclusion

Le jugement qui sera rendu par la Cour dans cette affaire pourrait constituer la dernière étape vers l'adoption du subjectivisme absolu. En effet, la Cour a déjà établi qu'à son avis les caractéristiques biologiques d'une personne ne déterminaient pas nécessairement son sexe véritable<sup>41</sup>. Si la Cour constate qu'il y a eu violation de l'article 8 en l'espèce, elle sera forcée d'admettre qu'il n'est plus possible de maintenir des définitions concrètes de la masculinité et

<sup>39</sup> Communiqué de presse, 100% Raw Powerlifting Federation, 1<sup>er</sup> mai 2019, (accessible en anglais : <https://rawpowerlifting.com/wp-content/uploads/2019/05/Transgender-statement-05.2019.pdf>).

<sup>40</sup> CyclingNews, "McKinnon is first transgender woman to win world title," 16 octobre 2018, (accessible en anglais : <http://www.cyclingnews.com/news/mckinnon-is-first-transgender-woman-to-win-world-title/>).

<sup>41</sup> *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni*, ¶100.

de la féminité ni de les distinguer ; la définition traditionnelle basée sur des critères biologiques aura été effectivement dissoute. Dans un tel scénario, la Cour ne pourrait plus définir ce que signifie être « homme » ou « femme » en fonction des rôles de genre traditionnels. Cela serait totalement incompatible avec la lutte contre la « discrimination » dans laquelle la Cour s'est récemment engagée<sup>42</sup>.

La Cour se trouverait donc dans la situation absurde où, en tant qu'institution créée pour qualifier des différends juridiques et évaluer leur bien-fondé au regard de dispositions juridiques spécifiques, elle ne serait pas en mesure de définir les termes clés sur lesquels repose la résolution de ces désaccords. Comment la Cour pourrait-elle déterminer si les droits parentaux ont été violés si elle ne peut pas dire ce que signifie être parent ? Comment la Cour pourrait-elle déterminer s'il y a eu violation du droit de se marier si elle ne peut dire en quoi consiste le mariage ou ce qui définit le statut d'homme ou de femme ? En fin de compte, la Cour se retrouverait sans rien sur lequel s'appuyer à part les affirmations ou revendications du (des) demandeur(s) dans un cas particulier et deviendrait donc obligée, en l'absence de normes concrètes, d'obéir à leur volonté. En réalité, si l'on demandait à la requérante en l'espèce de justifier objectivement la désignation de paternité désirée sur l'acte de naissance de G.H., aucune preuve de ce type ne pourrait être fournie. La seule preuve sur laquelle la requérante pourrait se fonder serait la perception de soi et les « attitudes sociales dominantes » des pères ; c'est-à-dire certains comportements externes qui tendent à être typiques des figures paternelles. Ainsi, la détermination du droit et de la justice serait purement laissée à l'appréciation personnelle.

---

<sup>42</sup> « D'une part, la Cour a dit à maintes reprises que les différences fondées sur le sexe doivent être justifiées par des raisons particulièrement sérieuses, et que des références aux traditions, présupposés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne peuvent en soi passer pour constituer une justification suffisante de la différence de traitement en cause, pas plus que ne le peuvent des stéréotypes du même ordre fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle. » *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, Nos. 60367/08 et 961/11, 24 janvier 2017, ¶ 78.