

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La vie familiale des personnes transgenres

Wattier, Stephanie; Huart, Pauline

Published in:

Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Wattier, S & Huart, P 2022, La vie familiale des personnes transgenres. dans *Les grands arrêts du droit au respect de la vie familiale*. Grands arrêts, Larcier , Bruxelles, pp. 639-662.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

5.2. La vie familiale des personnes transgenres

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014

Mariage – Reconnaissance du changement de sexe – Condition(s) de la reconnaissance – Filiation – Maintien du lien juridique de filiation – Effets juridiques de la filiation

Extraits

70. La Cour a conscience du fait que la requérante ne revendique pas le droit au mariage pour les homosexuels en général mais qu'elle souhaite simplement préserver son propre mariage. Elle constate toutefois que si l'intéressée obtenait satisfaction, il en résulterait en pratique une situation dans laquelle deux personnes de même sexe pourraient être unies par le mariage [...].

87. S'il est regrettable que la requérante se retrouve quotidiennement dans des situations où son numéro d'identité inapproprié lui vaut des désagréments [...], la] Cour considère qu'il n'est pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique du changement de sexe de la requérante que son mariage soit transformé en partenariat enregistré, celui-ci représentant selon elle une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage (*Parry*, décision précitée). [...]

89. Dès lors, elle conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

86. [...] La paternité de la requérante ayant déjà été valablement établie pendant le mariage, la Cour estime qu'en vertu du droit positif finlandais une éventuelle transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille.[...] Cela est confirmé par le fait, évoqué par le Gouvernement, que dans aucun des cas où une conversion sexuelle a eu lieu en Finlande il n'y a eu de modification des liens de filiation préexistants. De même, le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant, étant donné qu'en Finlande cette responsabilité se fonde sur la parentalité, quel que soit le sexe des parents ou la forme de leur relation. Partant, la Cour juge établi que la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'aurait aucune incidence sur la vie familiale de l'intéressée telle que protégée par l'article 8 de la Convention.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *P.V. c. Italie* du 30 novembre 2010

Filiation – Effets juridiques de la filiation

Extraits

31. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la décision de restreindre le régime de visites initialement adopté a été déterminée par la transsexualité de la requérante, impliquant ainsi un traitement qui pourrait être considéré comme discriminatoire en tant que dérivé de sa dysphorie sexuelle.

[...]

36. Aux yeux de la Cour, le raisonnement des décisions judiciaires donne à penser que la transsexualité de la requérante n'a pas été le motif déterminant dans la décision de modifier le régime de visites initial. C'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui a primé dans la prise de la décision. [...] Cette conclusion est renforcée par le fait que le régime de visites a été élargi, alors que la condition sexuelle de la requérante reste la même.

37. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la restriction du régime de visites n'a pas été le résultat d'une discrimination fondée sur la transsexualité de la requérante. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14.

Cour eur. D.H., arrêt *X, Y, Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997

Filiation – Établissement du lien juridique de filiation

Extraits

43. Certes, comme la Cour l'a précédemment déclaré, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou aussitôt que possible après, l'intégration de l'enfant dans sa famille [...]. Cependant, [la Cour] n'a eu jusqu'à présent à connaître que de liens familiaux entre des parents et leurs enfants conçus naturellement. Or l'espèce soulève des questions différentes, puisque Z a été conçue par IAD¹ et n'a pas de lien de sang avec X, qui est un transsexuel.

[...]

50. [...] À cet égard, la Cour relève que rien n'empêche X de se comporter comme le père de Z en société. Ainsi, par exemple, il vit avec elle, lui apporte un soutien affectif et financier, ainsi qu'à Y, et il est libre de se présenter comme son « père », à ses yeux et devant autrui, et de lui donner son patronyme. De plus, il peut demander avec Y une ordonnance de garde conjointe relativement à Z, ce qui leur conférerait automatiquement l'autorité parentale à son égard en vertu du droit anglais.

¹ Insémination Artificielle avec Donneur.

49. [...] Il s'ensuit que les requérants se trouvent dans une situation semblable à celle de toute famille où, pour une raison quelconque, la personne qui assume le rôle de « père » n'est pas enregistrée comme tel. [...]

51. Il est impossible de prévoir dans quelle mesure l'absence de lien juridique entre X et Z aura des répercussions sur le développement de cette dernière. [...]

52. En conclusion, étant donné 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, la Cour estime que l'article 8 (art. 8) ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. [...]

C.J.U.E. (gde ch.), arrêt *MB c. Secretary of State for Work and Pensions* du 26 juin 2018

Reconnaissance juridique du changement de sexe – Octroi d'une pension

Extraits

29. À cet égard, il importe de rappeler que, si le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres dans le domaine de l'état civil des personnes et de la reconnaissance juridique du changement de sexe d'une personne, les États membres doivent toutefois, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives au principe de non-discrimination [...]

30. Ainsi, il ressort, notamment, de la jurisprudence de la Cour qu'une réglementation nationale subordonnant le bénéfice d'une prestation de pension à une condition relative à l'état civil n'est pas soustraite au respect du principe de non-discrimination fondée sur le sexe consacré à l'article 157 TFUE dans le domaine de la rémunération des travailleurs [...]

[...]

51. S'agissant, plus particulièrement, de la dérogation prévue à l'article 7, paragraphe 1, sous a), de ladite directive, la Cour a déjà jugé qu'il ne permet pas aux États membres de traiter différemment une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et une personne ayant conservé son sexe de naissance et étant mariée, en ce qui concerne l'âge conditionnant l'accès à une pension de retraite de l'État [...]

52. Partant, la réglementation nationale en cause au principal est constitutive d'une discrimination directe fondée sur le sexe et est, dès lors, interdite par la directive 79/7.

53. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que la directive 79/7, en particulier son article 4, paragraphe 1, premier tiret, lu en combinaison avec ses articles 3, paragraphe 1, sous a), troisième tiret, et 7, paragraphe 1, sous a), doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à

une réglementation nationale qui impose à une personne ayant changé de sexe de satisfaire non seulement à des critères d'ordre physique, social et psychologique, mais également à la condition de ne pas être mariée à une personne du sexe qu'elle a acquis à la suite de ce changement, pour pouvoir prétendre au bénéfice d'une pension de retraite de l'État à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes de ce sexe acquis.

Observations

Introduction

L'analyse du régime juridique de la vie familiale des personnes trans* emporte le constat de l'absence d'un « arrêt phare » qui aurait été rendu par une juridiction belge en la matière comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans cette contribution, après une remarque terminologique liminaire (I), le parti a été pris d'analyser, dans un premier temps, la jurisprudence européenne en matière de vie familiale des personnes trans* (II) et, dans un second temps, le droit belge applicable à la vie familiale des personnes trans* (III). La jurisprudence européenne et belge en matière de vie privée des personnes trans* sera également explicitée en filigrane de cette contribution afin de rendre intelligible l'impact de cette jurisprudence sur les enjeux en matière de vie familiale.

1. Remarque terminologique liminaire

Il importe de circonscrire le champ de notre propos en formulant plusieurs remarques terminologiques afin de distinguer les « personnes transgenres » des « personnes transsexuelles ».

Alors que le « sexe » est un concept qui vise les caractéristiques anatomiques et permet donc de distinguer, sur le plan biologique, les personnes de sexe féminin des personnes de sexe masculin, le « genre » est, quant à lui, un concept sociologique qui vise à opérer une distinction entre les rôles sociaux féminins et masculins.

Le transsexualisme peut être défini comme le « sentiment profond d'appartenir au sexe opposé en dépit d'une apparence conforme au sexe chromosomique »². En ce sens, lorsqu'une personne transsexuelle souhaite subir une opération chirurgicale de conversion, c'est pour tenter de dépasser la discordance ressentie entre sa condition physique et son identité sexuelle. Si le

2 A. PATURET, « Ambivalence sexuelle et identité juridique à travers les âges », *Journal of Research in Gender Studies*, 2012, p. 20.

qualificatif de « transsexuel » ou « transsexuelle » est revendiqué par certaines personnes, il est vécu comme pathologisant par d'autres³, notamment dans la mesure où le transsexualisme a été considéré comme une maladie mentale par l'Organisation mondiale de la santé jusqu'en 2019.

Quant au « transgendérisme », « transgenrisme » ou aux personnes dites « transgenres », il s'agit des personnes dont l'identité et/ou l'expression de genre ne sont pas parfaitement conformes à la distinction binaire entre genre féminin et genre masculin⁴. Ces personnes ne souhaitent donc pas vivre selon le genre que leur assigne la société en fonction de leur sexe physique.

Par opposition, les personnes dont l'identité et/ou l'expression de genre correspondent à leur sexe biologique sont dites « cisgenres ».

La distinction entre les personnes transsexuelles et les personnes transgenres est particulièrement délicate à effectuer et donne parfois lieu à une ambiguïté dans la terminologie employée, en ce compris dans la législation elle-même. Néanmoins, l'on pourra considérer qu'une personne transsexuelle est également transgenre, alors que l'inverse n'est pas vrai.

Par ailleurs, pour faciliter l'appréhension de ces notions, est souvent utilisé le dit « parapluie trans* » (*trans* umbrella*) qui reprend les différentes déclinaisons que l'on retrouve au sein des personnes dont l'identité de genre est non binaire et/ou ne correspond pas à leur sexe biologique. Ainsi, le vocable parapluie « trans* » peut notamment viser une personne transsexuelle femme (dite « *M to F* », à savoir passée du sexe masculin vers le sexe féminin), une personne transsexuelle homme (dite « *F to M* », à savoir passée du sexe féminin vers le sexe masculin), une personne polygenre, une personne transgenre, une personne au genre fluide, une personne agenre, une personne au genre non binaire, etc. Dans le cadre de cette contribution, nous emploierons le terme « trans* » pour englober ces différentes acceptions.

II. La jurisprudence européenne en matière de vie familiale des personnes trans*

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « Cour EDH ») offre une série d'enseignements importants pour les États membres en matière de vie familiale des personnes trans* (A). La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « C.J.U.E. ») est, en la matière, beaucoup moins fournie (B).

3 A. ALESSANDRIN, « Comprendre les transidentités », in Fondation Copernic (dir.), *Manuel indocile de sciences sociales. Pour des savoirs résistants*, Hors collection Sciences Humaines, Paris, La Découverte, 2019, p. 811.

4 L. GRENFELL, « Embracing law's categories: Anti-discrimination laws and transgenderism », *Yale Journal of Law and Feminism*, 2003, p. 52. Voy. aussi M. A. ROTHBLATT, « Advising clients with transgender legal issues in the 1990s », *International Legal Practitioner*, 1993, p. 113.

A. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La jurisprudence de la Cour EDH en matière de vie familiale des personnes trans* s'est développée en interaction avec la jurisprudence rendue dans le même domaine en matière de vie privée. La jurisprudence portant sur la reconnaissance du statut légal des personnes transsexuelles et transgenres a cependant connu une plus vive évolution, la Cour se montrant plus prudente et nuancée dans ses déclarations à l'égard de la vie familiale de ces mêmes personnes.

En effet, dès l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*⁵, la Cour permet à tout transsexuel opéré et s'étant conformé à une obligation de stérilisation préalable de voir son changement de sexe reconnu légalement. Par la suite, l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*⁶ et la jurisprudence ultérieure de la Cour élargissent le droit à l'autodétermination des personnes trans*, ce droit ne pouvant plus être conditionné à l'imposition d'une opération de conversion sexuelle⁷. De ce fait, le sexe légal d'une personne peut désormais refléter soit son identité de genre, soit son sexe biologique.

Dès 1997, le droit au respect et à la protection de la vie familiale des personnes transsexuelles est admis par la Cour EDH dans l'arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*⁸. Ce droit est également réaffirmé dans son principe, à l'égard des personnes transgenres, au sein de l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*⁹. Cependant, dans les matières qu'il recouvre, le droit au respect de la vie familiale se heurte aux implications du droit à l'autodétermination des personnes trans*. En effet, l'impact de cette autodétermination sur les liens familiaux de couple et de parent(alité) force la Cour à s'interroger sur les conceptions traditionnelles d'institutions juridiques telles que le mariage, ou encore sur la filiation. L'équilibre à ménager entre le droit à la reconnaissance du statut légal des personnes trans* et le droit au respect de la vie familiale de ces mêmes personnes est donc délicat lorsque l'on sait que « la Cour a la redoutable

5 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

6 Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017.

7 La Cour, dans ses derniers arrêts en date, *A.P., Garçon et Nicot c. France* ainsi que *S.V. c. Italie* (6 avril 2017) et *X. v. The former Yugoslav Republic of Macedonia* (17 avril 2019), affirme le droit à l'autonomie personnelle des personnes transgenres. L'imposition d'une opération de conversion sexuelle, pouvant mener à la stérilité, comme condition préalable de la reconnaissance du nouveau sexe et de la modification à l'état civil, est considérée, par la Cour, comme contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

8 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 52 ; C.-A. CHASSIN, « Heurs et malheurs du mariage des transsexuels », *Rev. trim. dr. h.*, 2015/102, p. 471.

9 Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, § 94 : « Les arrêts rendus à ce jour par la Cour dans ce domaine portent sur la reconnaissance légale de l'identité sexuelle de personnes transsexuelles ayant subi une opération de réassignation [...] et sur les conditions de l'accès à une telle opération [...]. On ne saurait toutefois en déduire que la question de la reconnaissance légale de l'identité sexuelle des personnes transgenres qui n'ont pas subi un traitement de réassignation sexuelle agréé par les autorités ou qui ne souhaitent pas subir un tel traitement échappe au champ d'application de l'article 8 de la Convention. Tout est lié à la binarité des sexes juridiques bien que les constructions sociales de genre actuel tendent parfois à sortir de cette binarité imposée socialement ».

mission de protéger effectivement les droits conventionnels, sans prêter le flanc à la critique de l'excès de pouvoir sur des sujets de société [si] explosifs »¹⁰.

Deux aspects de la vie familiale des personnes trans* ont été principalement débattus par la Cour et seront détaillés ci-après : le mariage des personnes trans*, d'une part (1), et la question de la filiation et de ses effets juridiques, d'autre part (2).

1. Le mariage des personnes trans*

Le droit au mariage des personnes trans* est lié à la reconnaissance de leur statut individuel. Ces deux enjeux sont donc traités parallèlement par la Cour EDH. La question du droit au mariage s'est posée tant sur la base de l'article 8 que de l'article 12 de la Convention, envisagé comme une *lex specialis*¹¹ venant renforcer la protection du droit au respect de la vie privée et familiale prévue par l'article 8. Deux questions relatives à ce droit au mariage ont été successivement abordées par la Cour, à savoir le droit au mariage après un changement de sexe à l'état civil (a) et le maintien d'un mariage célébré antérieurement à la reconnaissance juridique du nouveau sexe légal (b).

a) Le droit au mariage après un changement de sexe à l'état civil

Dans un premier temps¹², la Cour définit le droit au mariage entre un homme et une femme sur la base d'une interprétation purement biologique. Sans définir la notion de sexe¹³, la Cour valide la conception nationale anglaise de l'époque selon laquelle le mariage suppose l'union de deux personnes de sexes biologiquement différents. Par conséquent, et sur la base de la perception selon laquelle une personne transsexuelle ne peut jamais totalement « traverser » (« *cross the true limit* ») la barrière de la binarité des sexes¹⁴, elle ne peut donc pas se marier à une personne de sexe opposé à son sexe socialement reconnu, car les deux personnes sont alors de sexe biologiquement identique.

En s'en tenant à l'interprétation biologique du droit au mariage entre un homme et une femme, la Cour de Strasbourg estime ne pas remettre en cause la substance même du droit de se marier¹⁵. Cependant, selon l'opinion dissidente étayée du juge hollandais Martens¹⁶, développée dans l'arrêt *Cossey c.*

10 N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *Rev. dr. h.* [en ligne], 2014, Actualités Droits-Libertés, p. 2.

11 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 96 ; G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2014, p. 621.

12 Voy. entre autres les arrêts : Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986 ; Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998.

13 D. A. GONZALEZ-SALZBERG, « The accepted transsexual and the absent transgender: A queer reading of the regulation of sex/gender by the European Court of Human Rights », *American University International Law Review*, 2014, Vol. 29/4, pp. 802-803.

14 *Ibid.*, p. 813 et pp. 805-813.

15 Cour eur. D.H., arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, § 50 ; Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, §§ 45 et 50.

16 Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, opinion dissidente du juge Martens, § 4.3.

Royaume-Uni, la Cour aurait dû prendre en compte, d'une part, l'évolution de l'institution du mariage depuis la création de la Convention, et, d'autre part, l'acceptation de la notion de sexe comme ne devant plus être réduite à son sens biologique¹⁷. La Cour aurait alors réalisé qu'en maintenant sa définition du droit au mariage, elle rend celui-ci ineffectif pour certaines¹⁸ personnes transsexuelles, dans la mesure où elles ne peuvent se marier qu'avec une personne de sexe biologiquement opposé au leur.

Dans un second temps, cette opinion dissidente du juge Martens trouve écho dans les arrêts *Goodwin c. Royaume-Uni* et *I. c. Royaume-Uni*¹⁹ de la Cour EDH. Par ces arrêts, la Cour reconnaît le droit au changement de sexe pour les personnes transsexuelles²⁰ ainsi que l'impact d'un tel changement sur l'ensemble des institutions juridiques, telles que le mariage.

Sur la base d'un consensus « anticipé »²¹ des États membres – qui réduit leur marge d'appréciation –, la Cour considère qu'une personne transsexuelle ne peut être privée « en toutes circonstances du droit de se marier »²². En effet, le discours antérieur selon lequel une personne transsexuelle conserve le droit de se marier au regard de son sexe biologique est artificiel et vide le droit de sa substance. En l'espèce, la requérante, de sexe biologiquement masculin, vivait socialement comme une femme et souhaitait épouser un homme. En refusant de reconnaître légalement le changement de sexe de la requérante, les autorités nationales anglaises la privaient, dans les faits, du droit de se marier.

Au travers des arrêts *Goodwin et I c. Royaume-Uni*, la Cour pose les bases du droit à l'autodétermination des personnes transsexuelles. En interprétant l'article 12 de manière évolutive, la Cour permet également aux personnes transsexuelles de pouvoir se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe légal. Il ressort néanmoins du raisonnement de la Cour que le droit au mariage est conditionné à la conversion sexuelle de la personne trans*. La Cour franchit cependant une étape importante en garantissant le droit de se marier après un changement de sexe à l'état civil²³.

17 Cour eur. D.H., arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, opinion dissidente du juge Martens, § 4.5.

18 La nuance relative au terme « certaines personnes » est apportée par les autrices, la Cour EDH n'envisageant, à l'époque, le mariage que comme une institution hétérosexuelle.

19 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *I. c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

20 La reconnaissance du statut des personnes transsexuelles est liée à l'analyse par la Cour de la marge d'appréciation laissée aux États membres. La Cour établit cette reconnaissance en faisant glisser la marge d'appréciation des États du principe de la non-reconnaissance du statut des personnes transsexuelles, aux conditions entourant cette reconnaissance. Ce glissement oblige les États membres à reconnaître le statut des personnes transsexuelles bien qu'ils puissent assortir cette reconnaissance de conditions.

21 Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 100. À cette époque, la majorité des États membres ne s'inscrivaient pas dans une politique permissive. Néanmoins, la Cour a constaté un élan libéral, dans le chef d'un nombre réduit d'États membres, incitant à la prise en compte de la question relative à la reconnaissance du statut des personnes transsexuelles. Cette prise de position peut être vue comme une démarche activiste de la part de la Cour. Voy. également : G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 201-233.

22 Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 103.

23 Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, §§ 97-100 ; D. A. GONZALEZ-SALZBERG, « The accepted transsexual and the absent transgender: A queer reading of the regulation of sex/gender by the European Court of Human Rights », op. cit., pp. 811-812.

b) Le maintien d'un mariage célébré antérieurement à la demande de reconnaissance juridique du nouveau sexe

Toujours dans le cadre de la reconnaissance juridique du nouveau sexe, l'arrêt *Hamalainen c. Finlande*²⁴ répond à une demande de maintien d'un mariage célébré antérieurement à la conversion sexuelle d'une personne transsexuelle.

En l'espèce, la requérante, transsexuelle femme (dite « *M to F* »), mariée au regard de son ancienne attribution de genre, souhaitait pouvoir faire reconnaître son changement de sexe, tout en restant mariée à sa femme. Or l'État finlandais, ne célébrant pas, à l'époque, le mariage entre personnes de même sexe, conditionnait la reconnaissance du changement de sexe légal de la requérante à la dissolution de son mariage ou à sa conversion en partenariat enregistré.

Sur la base d'une large marge d'appréciation laissée aux États membres²⁵ ainsi que d'une impossibilité de dégager une communauté de vues entre les États, la Cour juge de la non-violation des articles 8 et 12, ainsi que de l'article 14 combiné avec les articles 8 et 12.

La Cour EDH, par cet arrêt de grande chambre, analyse le droit au mariage uniquement sur la base de l'article 8 de la Convention²⁶. Elle se positionne sur le jugement de valeur qui peut être fait entre le maintien de l'accès à l'institution du mariage et le fait d'être placé dans une position voisine, à savoir le partenariat enregistré. En effet, bien qu'équivalentes en droit, ces deux institutions n'emportent pas la même symbolique²⁷. Cependant, la Cour, se rangeant du côté de la thèse défendue par le gouvernement finlandais, insiste « sur la quasi-identité entre “la relation juridique” née d'un mariage et celle issue d'un partenariat enregistré, en concédant tout au plus “une dénomination différente et [...] un contenu légèrement modifié” »²⁸. La Cour justifie sa position, non plus – comme elle avait pu le faire dans le passé²⁹ – par la symbolique et le statut particulier de l'institution du mariage³⁰, mais par la quasi-équivalence de l'institution voisine au mariage que constitue le partenariat enregistré.

24 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014.

25 Il est intéressant de mentionner que la marge d'appréciation est considérée comme large par la Cour alors qu'il est de jurisprudence constante qu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité de l'individu entraîne *a priori* une prise en compte étroite de cette marge d'appréciation. Voy. N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *op. cit.*, p. 10 ; G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, 2014, pp. 201-219.

26 La Cour effectue son analyse sur la base de l'article 8, estimant que le cas d'espèce ne pose aucune question distincte sur la base de l'article 12. Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 97.

27 Cette dichotomie entre l'accès à une institution symbolique et le fait d'obtenir des droits équivalents, mais dans une position voisine, avait déjà fait l'objet de deux recours jugés précédemment irrecevables par la Cour. Voy. arrêts *R. et F. c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006 et *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, ainsi que G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 623-624 ; pp. 632-636.

28 N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *op. cit.*, p. 22 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 84.

29 Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, § 62.

30 G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 628-636.

L'affaire étant également liée, pour la Cour, à la question du mariage entre deux personnes de même sexe, elle fait un parallèle avec sa jurisprudence en matière de mariage homosexuel^{31 32}.

Comme elle avait pu l'affirmer quelques années auparavant dans l'arrêt *Shalk et Kopf c. Autriche*³³, la Cour souligne que l'imposition « aux États contractants [d'une] obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels »³⁴ ne peut être déduite de la lettre de la Convention. Cette position est renforcée par la prise en compte du critère du consensus entre les États membres. En effet, selon la Cour, un consensus tant sur la régulation de « la reconnaissance des changements de sexe » que sur « l'autorisation du mariage homosexuel » ne peut être dégagé³⁵.

La position de la Cour dans l'arrêt *Hamalainen* peut être regrettée lorsqu'on sait qu'elle a pu par le passé, pour des sujets équivalents, se montrer plus ambitieuse³⁶. En effet, nous pouvons nous interroger sur l'assimilation entre, d'une part, le mariage célébré précédemment au changement de sexe légal d'une personne trans* et, d'autre part, le mariage entre personnes de même sexe. Telle que dénoncée par les juges Sàjo, Keller et Lemmens dans leur opinion dissidente, cette comparaison « simplifie à l'excès la situation [de la requérante] »³⁷. En liant le sexe/l'identité de genre d'une personne avec son orientation sexuelle, la Cour s'enferme dans un stéréotype, qu'elle dénoncera d'ailleurs quelques années plus tard³⁸. Cette vision, stigmatisant toute personne sortant du cadre établi³⁹, fait du transsexualisme/transgendérisme une construction hétéronormée⁴⁰. De plus, au regard de la jurisprudence développée en matière de droit à l'autodétermination et de droit à la vie privée des

31 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, §§ 70-71 ; N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *op. cit.*, p. 8 ; G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 631. Ce parallèle est d'autant plus intéressant qu'elle avait refusé, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, d'effectuer une quelconque association avec la question du mariage transsexuel (arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, §§ 49 et s., ainsi que §§ 58-59).

32 Voy. également, dans cet ouvrage : M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La vie familiale des personnes homosexuelles ».

33 Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010.

34 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, §§ 71, 96 et 102 ; Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, § 63.

35 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 74.

36 Cour eur. D.H., arrêt *Vallianatos c. Grèce* du 7 novembre 2013, § 91 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 85. Ce constat peut être tempéré par la prise en compte par la Cour de la volonté du gouvernement finlandais de réformer l'institution du mariage afin de l'ouvrir aux personnes de même sexe (arrêt *Hamalainen c. Finlande*, § 48). Cependant, bien que la nouvelle législation fût votée dans ce sens fin de l'année 2014, la contestation virulente qu'elle a rencontrée a retardé son entrée en vigueur au 1^{er} mars 2017.

37 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, opinion dissidente commune aux juges Sàjo, Keller et Lemmens, § 20.

38 Selon la Cour, « [t]out est lié à la binarité des sexes juridiques bien que les constructions sociales de genre actuel tendent parfois à sortir de cette binarité imposée socialement » (Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, § 94).

39 D. A. GONZALEZ-SALZBERG, « The accepted transsexual and the absent transgender: A queer reading of the regulation of sex/gender by the European Court of Human Rights », *op. cit.*, pp. 799, 802, 807 et 827-828.

40 C.-A. CHASSIN, « Heurs et malheurs du mariage des transsexuels », *op. cit.*, p. 479 ; D. A. GONZALEZ-SALZBERG, « The accepted transsexual and the absent transgender: A queer reading of the regulation of sex/gender by the European Court of Human Rights », *op. cit.*, pp. 819-821. Voy. également F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin : la pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, pp. 17-18 ; G. RAOUL-CORMEIL, « L'identité sexée, une notion juridique réductible à la sexualité », in *L'institué : le donné, la volonté et la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 113-114.

personnes transgenres⁴¹, il nous semble peu probable que la Cour puisse encore invoquer une absence de consensus autour de la régulation de « la reconnaissance des changements de sexe »⁴².

Au regard de l'analyse de la discrimination subie sur la base de l'article 14 de la Convention combiné avec les articles 8 et 12, la Cour considère que la situation de la requérante et « celle des cissexuels [personnes cisgenres] ne présentent pas une similarité suffisante pour pouvoir être comparées l'une avec l'autre »⁴³. La Cour de justice de l'Union européenne s'est pourtant, quant à elle, aventurée à effectuer ce parallèle⁴⁴ (voy. *infra*, B), probablement en raison de son recours plus fréquent au principe d'égalité et de non-discrimination⁴⁵.

2. La filiation et ses effets juridiques

La Cour européenne des droits de l'homme a, dans le sillage de ses arrêts concernant le mariage avec une personne transsexuelle, dégagé certains principes en matière de filiation. Le lien de filiation entre un enfant et son parent trans* est traité par la Cour sur le plan de son établissement ou de son maintien (a) ainsi que sur le plan des effets juridiques qui en découlent (b).

a) L'établissement et le maintien du lien de filiation

La Cour s'est prononcée tant sur la question de l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et son parent transsexuel (arrêt *X, Y, Z c. Royaume-Uni*⁴⁶) que sur la question du maintien du lien de filiation à la suite du parcours de conversion du parent transsexuel (arrêt *Hamalainen c. Finlande*).

L'affaire *X, Y, Z c. Royaume-Uni* intervient avant la reconnaissance de l'autodétermination des personnes trans* établie par l'arrêt *Goodwin*. En l'espèce, le requérant, transsexuel homme reconnu socialement comme un homme, restait légalement enregistré comme femme. À la suite d'une insémination artificielle avec donneur de la compagne du requérant⁴⁷, ce dernier souhaitait voir son lien de filiation établi à l'égard de l'enfant.

41 L'arrêt *Goodwin* institue un droit à la reconnaissance du changement de sexe. Celui-ci peut néanmoins être conditionné par les États membres au regard de leur marge d'appréciation. Par la suite, la Cour EDH réaffirme le droit à la reconnaissance du nouveau statut généré et condamne l'imposition d'un traitement médical de conversion pouvant entraîner ou entraînant une stérilisation dans le chef de l'individu concerné, en tant que condition préalable à la reconnaissance civile de l'identité de genre choisie. Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017 ; Cour eur. D.H., arrêt *S.V. c. Italie* du 11 octobre 2018.

42 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 73.

43 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, §§ 111-112. Plus globalement, la possibilité de réforme du mariage afin de l'ouvrir aux personnes de même sexe telle qu'avancée par le gouvernement finlandais au moment des faits a également pu jouer dans l'appréciation de la Cour. Cependant, bien que la nouvelle législation fût votée dans ce sens fin de l'année 2014, la contestation virulente qu'elle a rencontrée a retardé son entrée en vigueur au 1^{er} mars 2017.

44 C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB v. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

45 J. VALLET-PAMART, « La situation d'une personne ayant changé de sexe après s'être mariée et celle d'une personne mariée ayant conservé son sexe de naissance sont comparables, décor en trois dimensions », note sous C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB / Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492 ; *Rev. Aff. Eur.*, 2018/2, p. 374.

46 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997.

47 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 12. Le requérant n'a donc pas transmis son matériel génétique à l'enfant.

La Cour évacue du débat la prise en compte de l'affaire sous l'angle du droit au respect de la vie privée au motif que le requérant ne réclamait pas une reconnaissance de statut pour lui-même, mais l'établissement d'un lien de filiation avec son enfant⁴⁸. C'est sur ce même constat que la Cour juge l'article 8 applicable et reconnaît que la configuration familiale de fait du requérant et de sa famille relève de la vie familiale protégée par l'article 8⁴⁹.

Dans cet arrêt très controversé⁵⁰ pour l'époque au regard du contexte moral, social, scientifique et juridique entourant la question trans*⁵¹, la Cour se retranche derrière la naissance par procréation médicalement assistée de l'enfant – pour laquelle l'absence de communauté de vue des États membres sur l'établissement de ce type de filiation entraîne une large marge d'appréciation dans la manière de la réguler⁵² – afin de ne pas avoir à traiter de la variable trans* de la configuration familiale du requérant. La Cour précise néanmoins que le droit doit rester un tout cohérent⁵³ et que, dans cette optique, le requérant ne pourrait être considéré comme le père légal de l'enfant – tout en étant reconnu comme de sexe féminin pour le reste –, mais qu'il peut cependant obtenir une ordonnance de garde conjointe lui permettant d'exercer l'autorité parentale sur Z ainsi que transmettre son patronyme⁵⁴.

A l'époque, la Cour n'a pas intégré à son raisonnement l'impact de la transmission de matériel génétique sur l'établissement du lien de filiation entre un enfant et son parent trans*. Elle sera cependant amenée prendre en considération ce facteur dans le cadre de l'affaire *OH et GH c. Allemagne*⁵⁵ communiquée à la Cour en février 2019. Les faits dont la Cour aura à traiter concernent une personne transgenre homme (dite « *F to M* ») ayant donné naissance – dans le cadre de l'interruption de son traitement hormonal – à un enfant au moyen d'un don de sperme. Le requérant a été identifié comme la mère de l'enfant – et non le père selon le souhait du requérant – sur le certificat de naissance.

Quant au maintien du lien de filiation à la suite du parcours de conversion du parent trans*, la Cour tient un discours très clair selon lequel le lien de filiation valablement établi avant la conversion sexuelle est maintenu⁵⁶. En effet, la Cour, dans son arrêt *Hamalainen*, estime que « la paternité de la requérante ayant déjà été valablement établie pendant le mariage, [...] une éventuelle

48 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 16.

49 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 37 ; C.-A. CHASSIN, « Heurs et malheurs du mariage des transsexuels », *op. cit.*, p. 471.

50 L'arrêt compte d'ailleurs plusieurs opinions dissidentes. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, opinions dissidentes respectives des juges Vilhjåmsson, Foighel et Gotchev.

51 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 52.

52 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, § 44.

53 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, §§ 47-48.

54 Cour eur. D.H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, §§ 28 et 50 ; C.-A. CHASSIN, « Heurs et malheurs du mariage des transsexuels », *op. cit.*, p. 471.

55 Affaire *O.H. et G.H. c. Allemagne*, req. n°s 53568/18 et 54741/18, communiquée le 6 février 2019.

56 Le lien de filiation reste établi même si les exigences internes de reconnaissance du statut genré impliquent la transformation du mariage en un partenariat enregistré. Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, §§ 85-86.

transformation du mariage en partenariat enregistré n'aurait aucun effet sur le lien de filiation paternelle entre la requérante et sa fille »⁵⁷.

Bien que la Cour ne se soit pas prononcée *ipso facto* sur l'établissement et le maintien du lien de filiation entre un enfant et son parent transgenre, l'on ne voit pas en quoi le raisonnement de la Cour serait différent vu la jurisprudence existant en matière de parenté transsexuelle, exception faite d'une éventuelle évolution libérale en matière d'établissement de la filiation.

b) *Les effets de la filiation et ses aménagements*

Alors que l'arrêt *Hamalainen c. Finlande* concerne la responsabilité du parent trans* quant aux obligations de soins, de garde et d'entretien relatifs à l'enfant, l'arrêt *P.V. c. Espagne*⁵⁸ permet de tirer une série d'enseignements quant aux mesures d'hébergement et à l'autorité parentale qui s'exerce également envers l'enfant lorsque le parent trans* est en cours de transition.

D'une part, la Cour considère que les attributs de la parentalité ne disparaissent pas à la suite du processus de conversion et de la reconnaissance légale du statut de la personne transsexuelle. En effet, selon les dires de la Cour, « le changement de sexe d'un père n'a aucun effet juridique sur sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de soins, de garde ou d'entretien vis-à-vis de son enfant »⁵⁹.

D'autre part, la Cour considère que l'instabilité psychologique pouvant résulter d'un processus de conversion est un motif suffisant – au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant – pour prévoir un aménagement de l'hébergement le rendant non égalitaire, tout en maintenant l'autorité parentale conjointe⁶⁰. En effet, selon la Cour, les autorités espagnoles « ont pris en considération la situation d'instabilité émotionnelle constatée chez la requérante par l'expertise psychologique et le risque de transmettre cette instabilité à l'enfant, perturbant ainsi son équilibre psychologique »⁶¹. Ces éléments ont été jugés suffisants pour justifier de la non-discrimination de la situation de la requérante au regard de sa « dysphorie sexuelle »⁶² sur la base de l'article 8 combiné à l'article 14.

Nous constatons que la Cour se laisse convaincre du bien-fondé de la mesure prise par le gouvernement espagnol, qui est justifiée par l'instabilité psychologique de la personne trans*. En effet, même si ce n'est pas la transidentité en elle-même qui est mise en cause pour justifier la mesure d'hébergement non égalitaire, le glissement sémantique peut s'avérer délicat. Différentes

57 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 86.

58 Cour eur. D.H., arrêt *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010.

59 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 86.

60 C.-A. CHASSIN, « Heurs et malheurs du mariage des transsexuels », *op. cit.*, p. 472.

61 Cour eur. D.H., arrêt *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010, § 32.

62 Terminologie employée par l'arrêt (§ 31), on lui préfère l'appellation « dysphorie de genre » au regard du CIM-11.

études récentes⁶³ ont pourtant été menées à propos de l'impact de la transition d'un parent trans* sur le développement d'un enfant et la « crainte de voir se manifester un comportement de genre atypique, une orientation sexuelle, une identité de genre biaisé n'a pas été prouv[e] cliniquement »⁶⁴. Nous pensons donc qu'à l'avenir, il sera difficile pour la Cour de justifier la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par les risques susmentionnés sur son développement.

*B. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de vie familiale des personnes trans*⁶⁵*

À notre connaissance, l'unique « arrêt phare » de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de vie familiale des personnes trans* est l'arrêt *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*⁶⁶, rendu en grande chambre le 26 juin 2018, à l'occasion duquel la Cour a conclu qu'une personne ayant changé de sexe ne pouvait pas être contrainte d'annuler son mariage conclu antérieurement à ce changement pour pouvoir bénéficier d'une pension de retraite à l'âge prévu pour les personnes du sexe qu'elle a acquis.

Née homme en 1948, la personne requérante s'était mariée avec une femme en 1974, avait commencé à vivre comme femme à partir de 1991 et avait subi une opération chirurgicale de conversion sexuelle en 1995. En 2008, ayant atteint 60 ans, elle introduisit sa demande d'obtention d'une pension de retraite de la part de l'État anglais. Sa demande de pension fut toutefois rejetée en raison de ce qu'en l'absence de certificat de reconnaissance de son changement de sexe, elle ne pouvait être traitée en tant que femme pour les conditions de mise à la retraite. Afin d'obtenir ce certificat, la requérante aurait dû demander l'annulation de son mariage ; or elle et son épouse s'y refusaient pour des motifs religieux. Le certificat n'avait donc jamais pu être établi.

Dans son arrêt, la Cour de l'Union européenne précise d'abord qu'elle statue « uniquement sur les conditions d'octroi de la pension de retraite de l'État en cause au principal » et qu'elle n'est donc aucunement « saisie de la question de savoir si, d'une manière générale, la reconnaissance juridique d'un changement

63 M. DIERCKX, D. MORTELMANS, J. MOTMANS et G. T'SJOEN, « Resilience in families in transition: What happens when a parent is transgender? », *Family Relations*, janvier 2018, n° 66, pp. 1-13 ; DIERCKX, D. MORTELMANS, J. MOTMANS et G. T'SJOEN, *Gezinnen in transitie. De invloed van een transgender ouder op het algemeen welzijn van het kind*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen, 2015 ; R. GREEN, « Children of transsexual parents. A. Research and clinical overview », in D. DI CEGLIE et D. FREEDMAN, *A Stranger in My Own Body*, London, Karnac Books, 1998, pp. 260-265.

64 J. MOTMANS, M. DIERCKX et D. MORTELMANS, « Transgender families », in W. P. BOUMAN et J. ARCELUS, *The Transgender Handbook: a Guide for Transgender Patients, their Families and Professionals*, Hauppauge NY, Nova Science Pub Inc., 2017, pp. 81-90.

65 À ce sujet, voy. aussi B. MORON-PUECH, « Droit de l'Union européenne et familles transparentes et interparentales », in E. BERNARD, M. CRESPIER et M. HO-DAC (dir.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne/Family within the Legal Order of The European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 155-174.

66 Voy. C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB v. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

de sexe peut être subordonnée à l'annulation d'un mariage conclu antérieurement audit changement de sexe »⁶⁷.

La Cour constate que seules les personnes ayant changé de sexe se retrouvent, en droit anglais, obligées à annuler leur mariage pour obtenir une pension de retraite de l'État. Ce faisant, les personnes ayant changé de sexe sont traitées moins favorablement que les personnes ayant conservé leur sexe de naissance.

S'agissant de la question de savoir si les catégories de personnes ayant changé de sexe après s'être mariées et celles ayant gardé leur sexe de naissance après leur mariage sont comparables, la Cour rappelle que les situations ne doivent pas être identiques, mais seulement similaires, afin d'être considérées comme comparables. Notant que l'objectif de la réglementation en matière de retraite est de « protéger[r] contre le risque de vieillesse en conférant à la personne concernée un droit individuel à une pension de retraite acquis en fonction des contributions qu'elle a versées au cours de sa carrière professionnelle, et ce, indépendamment de sa situation matrimoniale », la Cour estime que les situations sont comparables.

Par ailleurs, il est intéressant de noter qu'aux yeux de la Cour, le but de la condition d'annulation du mariage – à savoir éviter le mariage de couples de même sexe – est étranger au régime d'octroi des pensions de retraite et n'affecte donc pas la comparabilité des situations.

Selon la Cour, la différence de traitement ainsi créée en droit anglais n'entre dans aucune des dérogations autorisées par la directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. La Cour en conclut que la législation anglaise est « constitutive d'une discrimination directe fondée sur le sexe et est, dès lors, interdite par la directive 79/7 »⁶⁸.

Partant, la Cour juge que l'octroi d'une pension de retraite ne saurait être conditionné à l'annulation du mariage de la personne après que celle-ci a changé de sexe.

Même si cet arrêt est unique en la matière pour l'instant, l'on en retiendra une plus grande fermeté par comparaison avec l'arrêt *Hamalainen*, dans la mesure où la Cour de justice estime que la personne doit pouvoir rester mariée, tout en bénéficiant de certains avantages liés à son nouveau sexe.

67 C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB v. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492, point 27.

68 C.J.U.E. (gde ch.), 26 juin 2018, *MB v. Secretary of State for Work and Pensions*, aff. C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492, point 52. La Cour juge donc qu'il « convient de répondre à la question posée que la directive 79/7, en particulier son article 4, paragraphe 1, premier tiret, lu en combinaison avec ses articles 3, paragraphe 1, sous a), troisième tiret, et 7, paragraphe 1, sous a), doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui impose à une personne ayant changé de sexe de satisfaire non seulement à des critères d'ordre physique, social et psychologique, mais également à la condition de ne pas être mariée à une personne du sexe qu'elle a acquis à la suite de ce changement, pour pouvoir prétendre au bénéfice d'une pension de retraite de l'État à compter de l'âge légal de départ à la retraite des personnes de ce sexe acquis » (point 53).

Il n'est, par ailleurs, pas exclu que cette jurisprudence unique en matière de vie familiale des personnes transgenres soit prochainement complétée par de nouvelles affaires, dans la mesure où il en va d'une thématique qui donne lieu à un contentieux de plus en plus riche.

*III. Le droit belge applicable à la vie familiale des personnes trans**

Comme annoncé dans l'introduction, la jurisprudence belge ne compte, pour l'heure, aucun « grand arrêt » qui aurait été rendu en matière de vie familiale des personnes trans*, même si l'on peut pointer certaines décisions rendues par les cours et les tribunaux avant 2007⁶⁹, date à laquelle le législateur s'est, pour la première fois, emparé de la question du changement de sexe. L'on relèvera aussi l'arrêt n° 99/2019 de la Cour constitutionnelle dont les conséquences pourraient avoir une incidence sur la filiation d'enfants nés de parents trans*⁷⁰.

Jusqu'en 2018, le droit belge exigeait que la personne qui souhaitait changer de sexe subisse une opération chirurgicale de conversion donnant lieu à une stérilisation. Dans ce contexte, la procréation naturelle n'était plus possible. Restaient les hypothèses de la procréation médicalement assistée, de la gestation pour autrui ou de l'adoption par les personnes transsexuelles.

Le régime juridique du changement de sexe a considérablement changé depuis le 1^{er} janvier 2018, après avoir connu une première évolution en 2007. À cet égard, on propose de présenter l'évolution du régime du changement de sexe en droit belge (A) et, ensuite, d'analyser son impact potentiel sur la question du mariage (B), sur l'établissement de la filiation (C) ainsi que sur les effets de la filiation (D).

A. Le changement de sexe en droit belge

S'interroger sur le droit au respect de la vie familiale des personnes transgenres et transsexuelles en droit belge implique de revenir sur le régime applicable au changement de sexe.

Jusqu'en 2007, un changement de sexe à l'état civil ne pouvait être effectué que par la voie judiciaire, soit en demandant une rectification en apportant la preuve d'une erreur dans l'acte de naissance, soit par le biais d'une action d'état en prouvant la conversion sexuelle irréversible. À cette époque – où aucun régime juridique spécifique n'existait donc en matière de changement de sexe –, quelques décisions – sur lesquelles l'on reviendra plus loin – ont

69 Voy. *infra*, B et D.

70 Voy. : point C ci-après.

été rendues en matière de condition de mariage⁷¹, d'annulation de mariage⁷² et d'hébergement des enfants⁷³.

L'insécurité juridique engendrée par ce régime purement prétorien a eu pour conséquence qu'en 2007, le législateur s'est emparé de la question du changement de sexe et a inséré, par la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité⁷⁴, un nouvel article 62bis du Code civil prévoyant la possibilité de changer de sexe à l'état civil en respectant une série de conditions, dont notamment celle d'avoir subi une opération chirurgicale de stérilisation⁷⁵. Ce régime a été applicable jusqu'à fin 2017.

Désormais, et ce, depuis l'adoption de 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 qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, l'article 62bis n'exige plus qu'une opération chirurgicale de stérilisation ait eu lieu pour que la personne demande le changement de son sexe à l'état civil. L'article 62bis du Code civil est, en effet, désormais libellé comme suit :

« Art. 62bis. § 1^{er}. Tout Belge majeur ou Belge mineur émancipé ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement, peut faire déclaration de cette conviction à l'officier de l'état civil.

[...]

§ 3. Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration qu'il a signée, indiquant que, depuis un certain temps déjà, il a la conviction que le sexe mentionné dans son acte de naissance ne correspond pas à son identité de genre vécue intimement et qu'il souhaite les conséquences administratives et juridiques d'une modification de l'enregistrement du sexe dans son acte de naissance.

[...] ».

Comme indiqué clairement dans les travaux préparatoires de la loi, dorénavant, « tous les critères médicaux pour un changement officiel de l'enregistrement du sexe sont supprimés », et ce, afin que la Belgique se mette

71 Anvers, 27 janvier 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 99. Sur cet arrêt, voy. *infra*, B.

72 Anvers, 7 mars 2001, *E.J.*, 2001, p. 56, note K. VANLEDE. Sur cet arrêt, voy. *infra*, B.

73 Liège (1^{re} ch.), 23 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 49. Sur cet arrêt, voy. *infra*, D.

74 Pour davantage de détails sur cette loi, voy. S. CAP, « La loi relative à la transsexualité », *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, pp. 59-117.

75 En effet, l'article 62bis du Code civil qui avait été inséré par la loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité disposait comme suit : « § 1^{er}. Tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical, peut déclarer cette conviction à l'officier de l'état civil.

[...]

§ 2. Lors de la déclaration, l'intéressé remet à l'officier de l'état civil une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant :

1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance ;

2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical ;

3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent.

[...] » (loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juillet 2007).

« en conformité avec les obligations internationales en matière de droits de l'homme »⁷⁶.

Une telle évolution va, en effet, dans le sens du rapport émis le 1^{er} février 2013 par le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui recommandait la prohibition de la stérilisation forcée ou obligatoire dans toutes les circonstances, et notamment dans un but de réassignation sexuelle. La Cour européenne des droits de l'homme s'est exprimée dans le même sens à l'occasion de l'arrêt *Y.Y. c. Turquie* rendu le 10 mars 2015⁷⁷. Plus récemment encore, dans son arrêt *A. P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, la Cour a estimé que l'obligation de subir une « opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée »⁷⁸ et, partant, constitue une violation de l'article 8 de la CEDH.

Précisons encore que la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges a déplacé le contenu de l'article 62bis du Code civil relatif au changement de sexe à l'article 135 du même Code.

B. Le mariage des personnes trans*

En Belgique, le mariage des personnes trans* ne pose plus de difficultés, contrairement à la situation finlandaise décrite ci-avant et à ce qui prévalait jusqu'en 2003. En 1999, la cour d'appel d'Anvers avait d'ailleurs jugé qu'une demande de changement de sexe par une personne mariée était contraire à la règle d'ordre public selon laquelle le mariage suppose des partenaires de sexes différents⁷⁹. Elle avait, en revanche, estimé que le changement de sexe au cours du mariage ne donnait pas lieu à l'annulation de celui-ci⁸⁰.

Depuis l'adoption de la loi du 13 février 2003⁸¹, sur la base de l'article 143, alinéa 1^{er}, du Code civil, le mariage est ouvert tant aux personnes de même sexe qu'aux personnes de sexes différents⁸² ; en ce sens, le changement de sexe à l'état civil d'un des deux époux ne saurait plus impacter ou rendre invalide un mariage.

76 Projet de loi réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'un changement de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2403/001, p. 3 (souligné par nos soins).

77 Cour eur. D.H., arrêt *Y.Y. c. Turquie* du 10 mars 2015, spéc. § 119.

78 Cour eur. D.H., arrêt *A. P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017, § 135.

79 Anvers, 27 janvier 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 99.

80 Anvers, 7 mars 2001, *E.J.*, 2001, p. 56, note K. VANLEDE.

81 Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.

82 À ce sujet, voy., dans cet ouvrage : M.-P. ALLARD et G. WILLEMS, « La vie familiale des personnes homosexuelles » ; V. ROSENAU et F. PEETERS, « Les effets du mariage ».

C. L'établissement de la filiation

Contrairement au mariage, la question des liens familiaux se trouve « largement complexifiée » en raison de ce que les personnes transgenres peuvent désormais « procréer, après la modification de l'enregistrement du sexe, conformément à leur ancien sexe »⁸³. Il convient donc de distinguer la filiation des enfants nés avant le changement de sexe à l'état civil (1) de ceux qui sont nés après ce changement (2).

1. La filiation des enfants nés avant le changement de sexe à l'état civil

Avant 2018, lorsque le changement de sexe à l'état civil n'était possible qu'après avoir subi une opération chirurgicale de conversion et donc de stérilisation, la question de la filiation ne posait pas question. En effet, comme l'écrit Jean-Louis Renchon, les personnes concernées « n'auraient éventuellement eu d'enfants qu'avant leur changement de sexe, conformément à leur sexe d'origine. Rien ne faisait bien sûr obstacle pour ces enfants à ce qu'ils conservent telle quelle leur filiation paternelle ou maternelle, même si leur père était devenu une femme ou leur mère devenue un homme, puisque leur père était un homme lors de l'établissement de leur filiation paternelle ou que leur mère était une femme lors de l'établissement de leur filiation maternelle. La loi du 10 mai 2007 avait dès lors consacré le principe selon lequel "l'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent" »⁸⁴.

La modification de la législation en matière de changement de sexe n'affecte pas non plus les liens familiaux des enfants nés avant le changement de sexe, dans la mesure où le nouvel article 135/2, § 1^{er}, du Code civil précise que « [l]'acte de modification de l'enregistrement du sexe ne modifie ni les liens de filiation à l'égard d'enfants déjà nés, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et celles relatives aux droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte de modification de l'enregistrement du sexe ».

2. La filiation des enfants nés après le changement de sexe à l'état civil

S'agissant des enfants nés après le changement de sexe à l'état civil d'un de leurs parents, la nouvelle législation a pris en considération le fait que des

83 S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociales et droits fondamentaux », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 38.

84 J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 244.

personnes pourraient désormais procréer conformément à leur ancien sexe civil (a) ou conformément à leur nouveau sexe civil (b)⁸⁵.

a) *La procréation suivant l'ancien sexe civil*

Le législateur a pris le soin de considérer la situation des personnes qui, ayant changé de sexe à l'état civil, n'ont pas effectué l'opération chirurgicale de conversion et peuvent donc procréer selon leur ancien sexe.

Deux hypothèses doivent être distinguées.

Dans la première hypothèse, une personne devenue homme qui conçoit un enfant suivant son sexe antérieur – à savoir féminin – et qui accouche sera la mère légale de l'enfant, dans la mesure où le nouvel article 315/2, § 2, du Code civil dispose que, « [s]i l'intéressé donne naissance à un enfant après la modification de l'enregistrement du sexe féminin en sexe masculin dans l'acte de naissance, le livre I^{er}, titre VII, chapitre I^{er}, est d'application par analogie, ainsi que les chapitres 3, 4 et 5 ». Autrement dit, « la filiation maternelle est fondée sur l'accouchement (article 312 du Code civil) et ce principe de base – “*mater semper certa est*” – ne peut être modifié sans bouleverser l'ensemble du droit de la filiation »⁸⁶.

Se pose ensuite la question du lien de filiation qui unira cet enfant au partenaire de la mère. Si la mère n'est pas mariée, « l'enfant pourra être reconnu (art. 319 ou 325/4 C. civ.) ou faire l'objet d'une recherche de paternité/comaternité (art. 322 ou 325/7 C. civ.) »⁸⁷.

Si la mère est mariée à une femme – et que l'enfant a donc été conçu par procréation médicalement assistée avec don de sperme –, l'article 325/2 du Code civil s'appliquera et elle sera présumée être la coparente⁸⁸.

Si la mère est mariée à un homme – et que l'enfant a donc été conçu soit naturellement, soit par procréation médicalement assistée avec ou sans don de sperme –, l'article 315 du Code civil, qui dispose que « [l']enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari », ne peut trouver à s'appliquer dans la mesure où la présomption de paternité est désactivée par l'article 143, alinéa 2, du Code civil en cas de mariage entre des personnes de même sexe (en l'occurrence, un homme transgenre et un homme). Comme l'indiquent Sylvie Cap et Geofrey Willems, cette situation s'explique probablement par « une omission du

85 Cette structure est reprise de S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 38-44.

86 E. BRIBOSIA, N. GALLUS et I. RORIVE, « Une nouvelle loi pour les personnes transgenres en Belgique », *J.T.*, 2018, p. 265.

87 S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 39.

88 *Ibid.*

législateur [...]. Dans l'attente, les voies de la reconnaissance et de la recherche de paternité pourront être mobilisées »⁸⁹.

Dans la seconde hypothèse, une femme transgenre (née homme) conçoit un enfant avec sa partenaire, cette dernière accouchant donc d'un enfant. Dans ce cas, les règles relatives à la filiation paternelle s'appliqueront par analogie. Néanmoins, la femme transgenre ne sera pas le « père », mais la « coparente » de l'enfant, comme le prévoit l'article 135/2, § 2, alinéa 3, du Code civil. La femme qui a accouché sera, quant à elle, la mère de l'enfant par application de la règle de filiation maternelle suivant laquelle *mater semper certa est*.

b) La procréation suivant le nouveau sexe civil

Malgré l'abolition de la condition de conversion sexuelle emportant la stérilité, certaines personnes opteront pour l'opération chirurgicale et ne seront donc plus en mesure d'avoir d'enfant. Cette situation est celle que le législateur semble avoir voulu viser par la locution de « tous les autres cas » dans le régime désormais en place.

En l'occurrence, l'article 135/2, § 2, alinéa 4, du Code civil prévoit que, « [d]ans tous les autres cas, l'application du livre I^{er}, titre VII, est fondée sur le nouveau sexe ».

Dès lors, s'agissant de la situation d'un homme transgenre, né femme, qui n'est plus en mesure d'être enceinte et qui se lance dans un projet de procréation médicalement assistée avec un homme ou une femme, les règles qui correspondent à son « nouveau sexe » s'appliqueront⁹⁰. Si l'homme transgenre conçoit un enfant, par PMA avec une femme, celle-ci sera la mère de l'enfant par application des règles de la filiation maternelle et il pourra, quant à lui, être désigné comme le père par application des règles applicables à la filiation paternelle⁹¹.

S'agissant d'une femme transgenre, née homme, qui n'est plus en mesure de fournir les gamètes masculins nécessaires à une procréation et qui décide d'avoir un enfant avec une autre femme en recourant à un tiers donneur, cette femme qui accouchera sera la mère de l'enfant et l'on aurait pu croire que sa partenaire se verrait appliquer les règles relatives à la filiation maternelle et qu'elle serait alors la coparente. Avec Sylvie Cap et Geoffrey Willems, l'on constatera que, « [s]i la lettre de l'article 135/2 ne semble pas nécessairement exclure une telle lecture, les travaux préparatoires révèlent que le choix du législateur est différent »⁹².

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*

91 En ce sens, voy. J.-L. RENÇON, « Le nouveau régime juridique du changement de sexe », *op. cit.*, p. 249 ; S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

92 S. CAP et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

Le gouvernement fédéral, qui était à l'origine du projet de loi, a, en effet, considéré que l'officier d'état civil ne pourrait pas faire la différence entre les femmes transgenres procréant naturellement et celles utilisant la PMA sans réclamer de convention de PMA, ce qui ne paraissait pas souhaitable⁹³. Le gouvernement a donc estimé qu'un régime unique devrait s'appliquer et, en l'occurrence, celui des règles applicables à la filiation paternelle, « dès lors que le régime de la filiation comaternelle *stricto sensu* reposait essentiellement sur le consentement au projet de PMA alors que les femmes transgenres peuvent dans certains cas procréer sans PMA »⁹⁴.

Le choix ainsi suggéré par le gouvernement, et entériné par le législateur lors du vote de la nouvelle loi, place donc une catégorie de couple de femmes dans une situation moins favorable que celle d'autres couples de femmes, ce qui pourrait donner lieu à une réclamation devant les cours et les tribunaux, et spécialement à une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle quant à la conformité de ce nouveau régime avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Les rédacteurs de la nouvelle loi ont également songé aux éventuels progrès de la médecine, lesquels permettront peut-être un jour la transplantation d'utérus. Dans ce cas, les travaux préparatoires précisent que la femme transgenre (née homme), par application des règles prévalant pour son nouveau sexe, sera considérée comme la mère de l'enfant⁹⁵.

Il importe de souligner que la question de la filiation pourrait, ces prochaines années, être impactée dès lors que la Cour constitutionnelle a, dans son arrêt n° 99/2019 du 19 juin 2019, condamné la binarité du sexe légal. Dans cet arrêt, la Cour invite le législateur à trouver une solution pour les personnes dont l'identité de genre est non-binaire, qui puisse être enregistrée auprès de l'officier de l'état civil. Si le législateur posait un jour le choix de la reconnaissance d'un troisième sexe/genre ou de la suppression de la mention du sexe à l'état civil, il devrait également résoudre la question de la filiation d'enfants nés d'un parent s'identifiant comme autrement que masculin ou féminin.

D. Les effets de la filiation

Outre l'établissement du lien de filiation se pose la question de l'impact potentiel du changement de sexe sur d'autres éléments liés aux liens familiaux, et notamment sur l'hébergement, sur l'autorité parentale ou encore sur la transmission du nom aux enfants.

93 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 24, cité par S. CAP. et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré) nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

94 S. CAP. et G. WILLEMS, « La banque de données, le (pré)nom et les personnes transgenres : les réformes de l'état civil entre simplification administrative, évolutions sociétales et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 41.

95 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2403/1, p. 26.

Quelques décisions rendues par les cours et tribunaux laissent penser qu'il n'y a pas de raison valable pour qu'un changement de sexe ait un impact sur l'hébergement des enfants ou sur l'autorité parentale comme on a pu l'analyser dans la jurisprudence de la Cour européenne plus avant⁹⁶. La cour d'appel de Liège a notamment jugé, en 2003, que le caractère transsexuel de la compagne du père n'est pas de nature à empêcher la relation parentale, notamment à l'égard de jeunes enfants, pour autant que cette particularité ne leur soit pas dévoilée avant qu'ils soient en âge d'en comprendre les implications⁹⁷. Le tribunal de la jeunesse de Nivelles a, quant à lui, en 2008, jugé qu'il s'imposait de ne pas séparer de jeunes enfants de leur mère qui peut répondre à leurs besoins, même si elle a pris de la distance avec les schémas classiques en souhaitant épouser une transsexuelle⁹⁸.

S'agissant de la transmission du nom, l'on mentionnera l'arrêt n° 224.016 du 21 juin 2013 du Conseil d'État dans le cadre duquel la personne requérante se plaignait du refus du Roi de changer son nom de famille, de « Robert » vers « Merlot-Dumas », à la suite de son changement de sexe. À cette occasion, le Conseil d'État a souligné que, malgré son changement de sexe d'homme vers femme, la requérante restait le père de ses enfants, que ceux-ci continuaient à porter le nom de naissance de leur père – à savoir « Robert » –, et que ce nom pourrait être transmis à leurs propres enfants⁹⁹.

Conclusion

La présente contribution a permis d'analyser plusieurs « grands arrêts » ayant été rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de vie familiale des personnes trans*, et un « grand arrêt » rendu par la Cour de justice de l'Union européenne.

Au sein de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'évolution du droit au respect de la vie familiale des personnes trans* a été fortement influencée par l'affirmation du droit à l'autodétermination de ces personnes.

Au sein de la jurisprudence belge, si aucun « grand arrêt » n'a pu être pointé, on a pu constater qu'une révolution copernicienne pour le droit à l'autodétermination des personnes trans* était intervenue lors de l'adoption de la loi du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres, en ce qu'elle a supprimé toute exigence de conversion médicale comme condition du changement de sexe sur les registres de l'état civil.

S'agissant de l'accès au mariage suivant le nouveau sexe légal, la Cour européenne des droits de l'homme adopte une position ferme en affirmant le droit

96 Cour eur. D.H., arrêt *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010. Sur l'analyse de cet arrêt, voy. *supra*, III.1.B.ii.

97 Liège (1^{re} ch.), 23 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 49.

98 Trib. jeun. Nivelles, 23 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 883.

99 C.E., 21 juin 2013, n° 224.016, point 3.3.

de se marier suivant son nouveau sexe. Pourtant, concernant le maintien du mariage d'une personne trans*, la Cour de Luxembourg se montre plus ferme que la Cour de Strasbourg en permettant à la personne trans* de maintenir son mariage, tout en bénéficiant de certains avantages liés à son nouveau sexe légal. Il reste à voir s'il en ira de même dans le cadre d'autres affaires potentiellement soumises à la Cour de justice de l'Union européenne en la matière. En ce qui concerne le droit belge, en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le législateur a dépassé ce débat en ce qu'il a supprimé une inégalité qui pouvait surgir dans le chef de certains couples dont l'un des partenaires souhaite changer de sexe légal.

Concernant la question de l'établissement de la parenté trans*, bien qu'elle soit encore source d'incertitude dans la jurisprudence européenne et qu'elle puisse faire un jour l'objet d'un recours en droit belge – par exemple, par le biais d'une question préjudicielle auprès de la Cour constitutionnelle –, le maintien des liens de filiation préétablis au changement de sexe légal de la personne trans* fait, quant à lui, l'objet d'une jurisprudence constante. Toutefois, si le législateur décidait, suite à l'arrêt n° 99/2019 de la Cour constitutionnelle, de reconnaître l'existence d'un troisième sexe/genre ou de supprimer la mention du sexe à l'état civil, la filiation s'en trouverait nécessairement impactée et le législateur devrait résoudre la question de la filiation d'enfants nés d'un parents dont l'identité de genre est non-binaire.

Enfin, s'agissant de l'hébergement et de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant, en jugeant que le changement de sexe légal de l'un des parents ou d'un partenaire du parent ne saurait l'impacter, les cours et tribunaux belges se montrent plus protecteurs de la vie familiale des personnes trans* que n'a pu l'être la Cour européenne des droits de l'homme dans certaines affaires.

Stéphanie Wattier et Pauline Huart