

L'appréhension par la proposition de règlement européen sur la filiation de la transidentité ou de l'intersexuation d'un parent

Margot MUSSON*

Sommaire: 1. Les règles de conflit de lois 2. La règle principale 3. La règle subsidiaire 4. La protection contre la discrimination 5. Les questions restant en suspens

1. Les règles de conflit de lois

Les règles de conflit de lois dans la proposition de règlement européen appréhendent la transidentité ou l'intersexuation d'un parent, d'une part grâce à une règle principale rédigée en termes suffisamment larges pour y inclure ce genre d'hypothèses (A), et d'autre part grâce à une règle subsidiaire qui facilite l'établissement de la filiation à l'égard de ce parent lorsque la loi désignée par la règle principale ne le permet pas (B).

2. La règle principale

L'article 17 de la proposition de règlement, relatif aux conflits de lois, fait reposer le premier critère de rattachement pour désigner la loi applicable à l'établissement de la filiation sur «la loi de l'État dans lequel la *personne qui accouche* a sa résidence habituelle au moment de la naissance», étant entendu que cet État peut être un État membre ou tiers conformément à l'article 16 du texte qui prévoit une application universelle de la loi ainsi désignée.

La mention «personne qui accouche» remplace ainsi le mot «mère» généralement utilisé dans les règles de conflits de lois interne: tel est notamment le cas avec l'article 311-14 du code civil français, selon lequel «La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant». Ce terme neutre quant au genre de la personne concernée permet d'embrasser différentes hypothèses autres que celle, classique, d'une femme cisgenre qui accouche.

En premier lieu, il s'agit de celle dans laquelle la personne qui accouche est un homme transgenre («*male-to-female*») ayant obtenu son changement de sexe à l'état civil mais ayant procréé avec ses gamètes femelles ou ayant conservé ses organes sexuels. Cette situation est en effet possible lorsque l'État ne requiert pas une opération chirurgicale ou des traitements médicaux pour obtenir ce changement. Tel est le cas de la France: depuis la loi du 18 novembre 2016, l'article 61-5 du Code civil n'exige pour ce faire que la preuve par la personne, par «une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue». Néanmoins, en présence d'un élément d'extranéité, si la loi désignée par la règle de conflit devait ne parler que de la «mère» ou de la «femme qui accouche», son application à ce cas d'espèce entraînerait des interrogations juridiques

* Docteure en Droit privé, Université Lyon III Jean Moulin.

et le risque serait celui d'une négation du droit pour la personne qui accouche d'établir sa filiation à l'égard d'un enfant, lors même que l'accouchement par elle est attesté. Cette hypothèse n'est pas un cas d'école et a fait l'objet d'une certaine médiatisation dans les années 2000 après le premier accouchement par Thomas Beatie, un homme transgenre ayant conservé ses organes reproducteurs féminins. Néanmoins, elle suppose de la part de ce dernier une cessation temporaire du traitement hormonal en cours¹.

En deuxième lieu, la mention de l'article 71 de la proposition de règlement européen permet d'englober la situation dans laquelle la personne qui accouche est une personne intersexe – ancienne appelée hermaphrodite –, c'est-à-dire une personne «nées avec des caractéristiques sexuelles (génitales, gonadiques ou chromosomiques) qui ne correspondent pas aux définitions binaires types des corps masculins ou féminins»². En effet, nul besoin ici de s'interroger sur le genre de la personne qui accouche, ce qui permet de résoudre les difficultés juridiques lorsque celle-ci est désignée à l'état civil avec la mention «homme» ou encore «sexe neutre», si cette possibilité est offerte aux citoyens de l'État concerné³, par exemple en Allemagne⁴. La reconnaissance d'une personne intersexe en tant que «personne ayant accouché» permet de faciliter l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard.

Concernant le choix opéré quant à l'élément de rattachement permettant de désigner la loi applicable, celui de la résidence habituelle a le mérite d'être en accord avec la volonté de la personne, en ce qu'elle a choisi de s'installer dans tel État. La règle de conflit s'inscrit dans le cadre du principe de proximité puisqu'elle permet de rattacher la situation juridique correspondant à l'établissement de la filiation à l'État avec lequel elle entretient des liens étroits⁵. Ce principe est également utilisé dans le cadre de la règle subsidiaire qui envisage l'hypothèse de l'absence d'établissement de la filiation à l'égard d'un parent.

3. La règle subsidiaire

De plus, le paragraphe 2 de l'article 17 protège l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de chacun des parents en prévoyant des lois applicables subsidiairement, en complément, lorsque la loi désignée par le paragraphe 1 ne permet pas d'établir la filiation à l'égard d'un parent, par exemple en raison de sa transidentité ou intersexuation. Alors l'établissement de la filiation peut être régi, à l'égard de ce parent, par la loi nationale de celui-ci, la loi nationale du deuxième parent ou la loi de l'État de naissance de l'enfant. Ces trois options ont vocation à amplifier les chances pour ladite filiation d'être établie; elles se révèlent particulièrement opportunes lorsque l'un des parents est transgenre ou intersexué.

Cet alinéa 2 permet de remédier aux difficultés pouvant découler de l'application de l'alinéa 1^{er}. En effet, la loi désignée par la règle de conflit en tant que telle pourrait être critiquée en ce qu'elle utilise le critère de la résidence habituelle de la personne qui accouche et non sa nationalité. Or, l'état des personnes – qui régit notamment la mention du sexe à l'état civil – relève traditionnellement de la loi personnelle de l'individu: tel est le cas en droit français, conformément à l'article 3 du Code civil. Dès lors, au regard des situations des parents transgenres ou intersexes, la

¹ M.-E. de-Castro-Perea, J. M. García-Acosta, N. Delgado-Rodríguez, M. I. Sosa-Alvaez, R. Llabrés-Solé, C. Cardona-Llabrés et N. D. Lorenzo-Rocha, *Biological, Psychological, Social, and Legal Aspects of Trans Parenthood Based on a Real Cas – A Literature Review*, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2019, n° 16, p. 925.

² Selon la définition donnée par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies (<https://www.ohchr.org/fr/sexual-orientation-and-gender-identity/intersex-people>).

³ À noter que la CEDH n'impose pas au titre de l'article 8 de la Convention une obligation positive pour les États d'inscrire la mention «neutre» ou «intersexe» sur l'acte de naissance d'une personne intersexuée: CEDH, 31 janv. 2023, *Y. c. France*, req. n° 76888/17.

⁴ Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I Seite 2635).

⁵ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Paris, 2022, n° 173, p. 161.

désignation de leur loi personnelle comme loi applicable à l'établissement de la filiation pourrait être préférée car c'est précisément cette dernière qui leur aura permis de changer de sexe à l'état civil. Cependant, une telle solution pourrait se révéler profondément injuste si l'État dont la personne transgenre ou intersexe a la nationalité rejette toute reconnaissance de la transidentité ou de l'intersexuation.

Aussi l'article 17, par son articulation entre une règle principale et une règle subsidiaire, a-t-il vocation à assurer *in fine* la reconnaissance de la filiation à l'égard du parent transgenre ou intersexe. En effet, l'objectif est clairement affiché de permettre cette reconnaissance quel que soit l'État dont la personne qui accouche a la nationalité, dans lequel elle réside, etc., car les législations peuvent varier selon les pays⁶. La règle de conflit de l'article 17, dans son ensemble, peut donc être qualifiée de règle de conflit à coloration matérielle⁷ ou mixte⁸, en ce qu'elle cherche à obtenir un résultat qu'elle désigne elle-même⁹. Elle tranche ainsi avec la neutralité habituelle de la règle de conflit classique bilatérale¹⁰, en offrant un élément de rattachement subsidiaire si le premier ne permet pas d'atteindre ce résultat: sont ici utilisés des rattachements hiérarchisés¹¹. L'utilisation de cette modalité trouve en la matière une pleine justification au regard des objectifs affichés par l'Union européenne d'assurer la filiation des enfants de parents LGBTIQ et de protéger ces derniers contre toute forme de discrimination.

4. La protection contre la discrimination

Outre cette règle de conflit de loi, l'article 22 de la proposition de règlement prévoit une exception d'ordre public si la loi de l'État désignée par l'article 17 est «manifestement incompatible avec l'ordre public du for». Une telle disposition pourrait laisser craindre un amoindrissement de la protection des parents transgenres ou intersexes selon l'issue des règles de conflits de juridictions: le juge internationalement compétent se voit reconnaître le pouvoir d'écarter l'application de la loi désignée si la reconnaissance par celle-ci de la possibilité pour un personne transgenre ou intersexe de se voir établir une filiation «perturb[e] l'ordre juridique du for»¹², l'application de la loi étant «trop éloignée des conceptions locales»¹³. La prévision d'une exception d'ordre public au sein de la proposition de règlement se justifie par le souci de préserver la souveraineté des États malgré l'objectif d'harmonisation sur le territoire de l'Union. Or, la filiation constitue un domaine particulièrement sensible au sein duquel les valeurs nationales occupent une place importante et s'agissant duquel, partant, l'ordre public peut être fréquemment invoqué¹⁴. En la matière, les États sont plus réticents à une construction européenne du droit international privé et préfèrent préserver leur souveraineté. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'il n'y ait eu, jusqu'à présent, aucune édicton de règles de droit international privé au niveau européen en matière d'établissement de la filiation.

Malgré l'exception d'ordre public prévue par le texte et aisément compréhensible, le paragraphe second de l'article 22 impose le respect du droit à la non-discrimination protégé par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sont en particulier visées les personnes

⁶ M.-E. de-Castro-Perea, J. M. García-Acosta, N. Delgado-Rodríguez, M. I. Sosa-Alvaez, R. Llabrés-Solé, C. Cardona-Llabrés et N. D. Lorenzo-Rocha, *Biological, Psychological, Social, and Legal Aspects of Trans Parenthood Based on a Real Cas*, cit., n° 16, p. 925.

⁷ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, cit., n° 177, p. 165.

⁸ Sur cette notion, v.: P. de Vareilles-Sommières et S. Laval, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, 2023, n° 216 et s., p. 172 s.

⁹ *Ibid.*, n° 217, p. 173.

¹⁰ *Ibid.*, n° 266, p. 200; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, cit., n° 174, p. 162.

¹¹ B. Audit et L. d'Avout, *ibid.*, n° 177, pp. 165-166: «si le premier désigné ne procure pas un résultat souhaité l'on recourra à un autre».

¹² *Ibid.*, n° 393, p. 350.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, n° 883, p. 771.

LGBTIQ, conformément au considérant 12 de la proposition du règlement qui met l'accent sur l'égalité de traitement qui doit leur être accordée. Cette règle a vocation à protéger parent et enfant de l'hypothèse dans laquelle l'autorité nationale désignée compétente conformément aux articles 6 et suivants refuserait d'établir leur filiation, en invoquant l'exception d'ordre public pour un motif discriminatoire lié à la transidentité ou l'intersexuation du parent, et ce afin d'écarter l'application de la loi désignée. La souveraineté des États n'est pas niée – l'exception d'ordre public est prévue par le texte – mais elle est limitée par les valeurs européennes auxquelles ces États ont adhéré dans le cadre de l'Union européenne, au sein desquelles se trouve précisément le droit à la non-discrimination. La limite tient cependant au fait, comme l'ont rappelé deux professeurs français, que le projet ne fera probablement l'objet que d'une coopération renforcée¹⁵; partant, «seuls seront liés par le nouveau texte [...] les États membres les plus périphériques au regard de l'objectif poursuivi par la Commission»¹⁶.

Ce dernier est tout particulièrement susceptible d'être menacé pour les personnes LGBTIQ, au regard de la diversité des différentes politiques européennes en matière de reconnaissance tant d'un statut pour les couples de même sexe que de la possibilité de voir un lien de filiation établi avec leur enfant.

L'article 21 de la Charte, qui permet de s'assurer que la loi écartée ne l'est pas pour un motif discriminatoire, doit ici être interprété largement. Il n'interdit pas explicitement les discriminations fondées sur un changement de genre, puisqu'il mentionne les discriminations fondées sur «le sexe» ou encore «l'orientation sexuelle». Néanmoins, la disposition précise bien que ces types de discriminations ne constituent pas une liste exhaustive mais de simples exemples grâce au terme de discrimination fondée «notamment sur...». Dès lors, l'assouplissement à cette exception d'ordre public vise à protéger les parents transgenres et intersexués, en particulier ceux ayant eu recours à une procréation charnelle, puisque l'ordre public du for devrait davantage intervenir lorsque le mode de procréation est «a-normal»: sont ici visées les hypothèses d'assistance médicale à la procréation et de gestation pour autrui.

L'article 22 de la proposition de règlement s'inscrit pleinement dans la politique de l'Union européenne visant à réduire les discriminations et renforcer la protection des personnes LGBTIQ. La Cour de justice contribue en effet à édifier une jurisprudence qui, pas à pas, exige de la part des États que les droits accordés par l'Union soient pleinement reconnus à cette catégorie d'individus et puissent être effectivement exercés sans entrave. Tel est le cas notamment avec les arrêts «Coman»¹⁷ et «Pancharevo»¹⁸ rendus récemment. De même, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui influence celle de la CJUE et réciproquement¹⁹, participe de la construction d'un espace européen – certes distinct territorialement, entre Conseil de l'Europe et Union européenne – protecteur des droits des personnes LGBTIQ.

¹⁵ S. Fulli-Lemaire, *Vers un droit international privé européen de la filiation?*, D. 2023, p. 246; H. Peroz, *Proposition de règlement européen en matière de filiation*, Dr. fam., 2023, comm. 34; F. Marchadier, *Le droit international et européen de la famille en devenir*, RTD civ., 2023, p. 336.

¹⁶ S. Fulli-Lemaire, *ibid.*

¹⁷ CJUE [GC], 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, AJDA 2018, p. 1127; *ibid.* 1603, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser; D. 2018, p. 1674, note H. Fulchiron et A. Panet; *ibid.* 2019, p. 347, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; *ibid.*, p. 856, obs. Régine; *ibid.*, p. 910, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJ fam. 2018, p. 404, obs. G. Kessler; Rev. crit. DIP 2018, p. 816, note P. Hammje; RTD civ. 2018, p. 858, obs. L. Usunier; RTD eur. 2018, p. 673, obs. E. Pataut; *ibid.* 2019, p. 391, obs. F. Benoît-Rohmer.

¹⁸ CJUE [GC], 14 déc. 2021, aff. C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, D. 2022, p. 331, note L. d'Avout et R. Legendre; *ibid.*, p. 565, chron. H. Fulchiron, *ibid.*, p. 872, obs. M. Mesnil; AJ fam. 2022, p. 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse; Rev. crit. DIP 2022, p. 554, note S. Corneloup; RTD civ. 2022, p. 352, obs. L. Usunier; RTD eur. 2022, p. 391, obs. F. Benoît-Rohmer.

¹⁹ V. not. à ce propos: D. Dero-Bugny, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2015.

5. Les questions restant en suspens

En revanche, la proposition de règlement précise dans l'exposé des motifs qu'elle n'a pas vocation à régir les modalités d'établissement de la filiation, lesquelles relèvent de règles matérielles laissées à l'appréciation des États membres, pleinement souverains en la matière²⁰. Aussi ne résout-elle pas la question de savoir si l'homme transgenre ayant procréé avec ses gamètes femelles et accouché de l'enfant bénéficiera à l'état civil d'une filiation paternelle (conformément à la réalité sociale), maternelle (conformément à la réalité biologique) ou bien neutre en tant que «parent biologique», terme qui pourrait s'avérer opportun en présence d'un parent intersexe.

Cet exemple renvoie à une affaire ayant été portée récemment devant la Cour EDH, laquelle n'a pas condamné l'État allemand pour avoir refusé à un homme transgenre ayant accouché de son enfant d'être inscrit comme père de ce dernier à l'état civil et, à la place, d'avoir établi une filiation maternelle. Elle a en effet considéré que l'Allemagne bénéficiait dans le cadre de son obligation positive d'une large marge d'appréciation et qu'elle avait opéré un juste équilibre entre les différents intérêts en présence²¹.

Cette question se pose également, à l'inverse, lorsque le parent transgenre est une femme transgenre ayant conçu l'enfant grâce à ses gamètes mâles sans avoir accouché. La Cour de cassation française a déjà eu l'occasion d'affirmer qu'étaient exclus les modes d'établissement de la filiation maternelle, seule une filiation paternelle étant possible²², bien que la cour d'appel de renvoi ait jugé le contraire en particulier au regard de l'évolution législative en France en matière de bioéthique²³.

En conclusion, la proposition de règlement européen se révèle intéressante par l'appréhension des hypothèses de transidentité ou intersexuation d'un parent et, partant, la possibilité pour ce dernier de voir reconnu le lien de filiation à l'égard de son enfant dans l'ensemble des États membres participants. Toutefois, la frilosité de certains droits nationaux de reconnaître une place familiale à l'individu transgenre ou intersexe pourrait atténuer la portée de l'éventuelle coopération renforcée susceptible de donner vie à ce projet.

Abstract

Cette contribution a vocation à s'intéresser à la manière dont sont appréhendées la transidentité ou l'intersexuation d'un parent par la proposition de règlement européen sur la filiation, à raison de plusieurs éléments qui témoignent de la prise en considération par le texte de ce type d'hypothèses. La proposition de règlement européen sur la filiation en constitue un témoignage important, en ce qu'une approche approfondie des termes employés permet d'attester de la prise en considération par le texte d'hypothèses «extraordinaires»: celles de la transidentité ou de l'intersexuation d'un parent. En particulier, outre l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue la finalité première de cette proposition, l'intérêt des personnes LGBTIQ occupe également une place importante: le texte européen proposé s'inscrit dans le cadre de la «stratégie en faveur de l'égalité de traitement à l'égard des personnes LGBTIQ pour la période 2020-2025» présentée par la Commission. Cette préoccupation, marquée également par l'interdiction par l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de toute discrimination fondée notamment sur l'orientation sexuelle, transparait à travers la

²⁰ F. Marchadier, *Le droit international et européen de la famille en devenir*, cit.

²¹ CEDH, 4 avr. 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, req. n° 53568/18 et 54741/18, *D. actu.* 14 avr. 2023, obs. S. Paricard; *AJ fam.* 2023, p. 290, obs. J. Houssier; *ibid.*, p. 245, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

²² Cass. civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et n° 19-11.251, *D.* 2020, p. 2096, note S. Paricard; *ibid.*, p. 2072, obs. B. Moron-Puech; *AJ fam.* 2020, p. 534, obs. G. Kessler et E. Viganotti; *ibid.*, p. 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *RTD civ.* 2020, p. 866, obs. A.-M. Leroyer; *JCP G* 2020. 1164, obs. L. Brunet et P. Reigné; *Dr. fam.* 2020, comm. 146, obs. C. Siffrein-Blanc.

²³ CA Toulouse, 9 févr. 2022, RG n° 20/03128, *D.* 2022, p. 888, note S. Paricard; *ibid.*, p. 846, obs. M. Thevenot et B. Moron-Puech; *AJ fam.* 2022, p. 222, obs. M. Mesnil; *ibid.*, p. 109, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *RTD civ.* 2022, p. 369, obs. A.-M. Leroyer; *JCP G* 2022. 581, note L. Brunet et P. Reigné; *Dr. fam.* 2022, comm. 51, note C. Siffrein-Blanc.

proposition de règlement avec l'objectif de faciliter l'établissement et la reconnaissance des liens de filiation entre enfant et parents LGBTIQ. À ce titre, les nouvelles règles de conflit de lois relatives à l'établissement de la filiation permettent d'inclure les hypothèses dans lesquelles un parent est transgenre ou intersexe et protègent l'établissement de la filiation à son égard (I). De plus, l'exception d'ordre public invocable par un État membre est limitée par l'exigence de non-discrimination, ce qui protège davantage le parent LGBTIQ (II). Malgré ces avancées, il reste que la proposition de règlement demeure silencieuse sur plusieurs questions liées aux modalités d'établissement du lien de filiation dans les cas les plus complexes, lesquelles restent à l'appréciation des États membres (III).

Mots-clés: filiation, discrimination, loi applicable

*

The aim of this contribution is to examine the way in which a parent's transidentity or intersexuality is dealt with in the proposed European regulation on parentage, on the basis of a number of factors which demonstrate that the text takes account of these types of hypothesis. The proposal for a European regulation on parentage is an important example of this, in that a close examination of the terms used shows that the text takes account of "extraordinary" hypotheses: those of a parent's transidentity or intersex status. In particular, in addition to the best interests of the child, which is the primary aim of this proposal, the interests of LGBTIQ people also play an important role: the proposed European text is part of the "strategy for equal treatment of LGBTIQ people for the period 2020-2025" presented by the Commission. This concern, which is also reflected in the prohibition of all discrimination on grounds of sexual orientation under Article 23 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, is reflected in the proposed regulation, which aims to facilitate the establishment and recognition of parent-child relationships between children and LGBTIQ parents. In this respect, the new conflict-of-laws rules on the establishment of parentage make it possible to include cases where a parent is transgender or intersex, and protect the establishment of parentage in their regard (I). In addition, the public policy exception that can be invoked by a Member State is limited by the requirement of non-discrimination, providing greater protection for LGBTIQ parents (II). Despite these advances, the draft regulation remains silent on a number of issues relating to the procedures for establishing parentage in the most complex cases, which are left to the discretion of the Member States (III).

Key words: filiation, discrimination, applicable law