



## **Rapport de Mme Rachel Le Cotty, conseiller**

**Pourvoi n° H 18-50.080**

**Décision attaquée : 14 novembre 2018 de la cour d'appel de Montpellier**

**Le procureur général près la cour d'appel de Montpellier**

**c/**

**Mme X... Y...**

---

**Un rapport unique est déposé dans les dossiers n° H18-50.080 et X19-11.251 qui sont connexes et seront joints.**

**Dossier H 18-50.080 :**

Déclaration de pourvoi : 30 novembre 2018

MA : 4 février 2019 signifié les 31 janvier, 8 et 12 février 2019

Article 700 : pas de demande

MD pour Mmes Y... et Z... : 31 juillet 2019

Article 700 : pas de demande

Demande d'AJ pour le président du conseil départemental du Vaucluse, ès qualités d'administrateur *ad hoc* de la mineure A... Z... : 16 octobre 2019

Décision sur AJ : 12 novembre 2019 (AJT)

MD pour l'administrateur *ad hoc* : 15 novembre 2019 notifié le même jour

Article 700, 2° : 3.000 euros

**Dossier X 19-11.251 :**

Déclaration de pourvoi : 25 janvier 2019

MA : 27 mai 2019 signifié le même jour et le 25 juin 2019

Article 700 : 3.500 euros

Mémoire de reprise d'instance après désignation d'un nouvel administrateur *ad hoc* pour la mineure : 16 septembre 2019 signifié le même jour et le 25 septembre 2019

MD pour l'administrateur *ad hoc* : 15 novembre 2019 notifié le même jour

Article 700, 2° : 3.000 euros

**Etat civil - filiation - transidentité - homme devenu femme ayant conçu un enfant avec organes sexuels masculins - filiation de l'enfant - mentions sur l'acte de naissance de l'enfant - notion de « parent biologique ».**

**1 - Rappel des faits et de la procédure**

M. X... et Mme Z... se sont mariés le 14 août 1999. Deux enfants sont nés de cette union, B... X..., le [...] 2000, et C... X..., le [...] 2004.

En 2009, M. X... a saisi le tribunal de grande instance de Montpellier d'une demande de modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil. Un jugement du 3 février 2011 a accueilli sa demande et a dit qu'il serait désormais inscrit à l'état civil comme étant de sexe féminin, avec K... pour prénom. Cette décision a été portée en marge de son acte de naissance et de son acte de mariage.

Le [...] 2014, Mme Z... a donné naissance à un troisième enfant, A... Z..., conçue avec Mme X..., qui avait conservé la fonctionnalité de ses organes sexuels masculins.

L'enfant a été déclarée à l'état civil comme née de Mme Z....

Mme X... a demandé la transcription, sur l'acte de naissance de l'enfant, de la reconnaissance de maternité qu'elle avait souscrite le [...] 2014, reconnaissance prénatale reçue par un notaire, qui avait mentionné la particularité de la situation et noté qu'il ne faisait que reprendre la déclaration de l'intéressée : « *reconnaissance prénatale...déclarée être de nature maternelle, non gestatrice* ».

L'officier de l'état civil, agissant sur instruction du procureur de la République, a refusé de procéder à cette transcription au motif qu'elle doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi interdit.

Par acte du 31 juillet 2015, Mme X... a saisi le tribunal de grande instance de Montpellier d'une demande de transcription de sa reconnaissance, sur le fondement des articles 316 et suivants du code civil et de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Convention EDH).

Par jugement du 22 juillet 2016, le tribunal a rejeté sa demande en retenant, pour l'essentiel :

- qu'il était « *impossible que deux personnes de même sexe soient les parents biologiques d'un enfant* » ;
- que, « *hors le cas de l'adoption, qui est la création d'un lien de filiation élective, notre droit ne reconnaît pas l'établissement de deux liens de filiation maternelle ou paternelle, exigeant que le premier soit contesté avant de pouvoir établir le second, en se fondant sur la réalité de la filiation* » ;
- qu' « *en ce qui concerne la maternité, cette réalité est biologique et se prouve par la gestation et l'accouchement* » ;
- qu'en ce qui concerne la paternité, la filiation est une réalité « *sociale* » qui « *résulte soit de la présomption de paternité du mari de la mère, soit de la reconnaissance de paternité et elle ne devient biologique qu'en cas de contestation de ce lien de filiation* » ;
- que Mme X... ne pouvait donc établir sa maternité sur l'enfant par reconnaissance, « *dès lors qu'elle n'en a pas accouché et que son épouse est la mère biologique de cette enfant, d'autant plus qu'elle prétend que cette enfant est biologiquement issue de ses spermatozoïdes, ce qui ne peut correspondre en droit qu'à une filiation paternelle* » ;
- que le droit au respect de la vie privée de Mme X... et le droit à l'absence de discrimination fondée sur le sexe, à raison de sa transidentité, « *ont été particulièrement respectés puisque le jugement du 3 février 2011 a fait droit à sa demande de changement de sexe [...] et que plusieurs possibilités lui sont offertes par le code civil pour parvenir à établir un lien de filiation avec l'enfant* » ;
- qu'enfin, « *par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique, K... X... a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences, à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa*

*conjointe et rester dans son sexe féminin [...] dans le respect des principes fondamentaux énoncés ci-dessus ainsi que de l'intérêt de l'enfant ».*

Mme X... a interjeté appel de ce jugement.

Par requête du 2 février 2017, elle a demandé au conseiller de la mise en état d'ordonner une expertise biologique, faisant valoir qu'elle ne pouvait rapporter la preuve du lien biologique existant entre elle et l'enfant que par une expertise biologique et qu'en matière de filiation, l'expertise biologique est de droit sauf motif légitime.

Cette demande a été rejetée par une ordonnance du conseiller de la mise en état du le 27 avril 2017, au motif qu'elle ne présentait pas d'intérêt pour la solution du litige, dès lors que la réalité du lien biologique n'était pas contestée par le ministère public, qui mettait seulement en cause la qualification donnée à ce rapport de filiation, à savoir celle d'une maternité ou d'une paternité.

Par arrêt du 14 novembre 2018, la cour d'appel de Montpellier a :

- confirmé le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription, sur les registres de l'état civil, de la reconnaissance de maternité de Mme X... à l'égard de l'enfant A... Z..., et, statuant à nouveau :
- y ajoutant, et par substitution de motifs :
- constaté que le lien biologique unissant l'enfant A... Z... à Mme X... n'est pas contesté ;
- dit qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir ce lien biologique retranscrit sur son acte de naissance sous la mention de Mme X..., née le [...] 1968 à Paris 14<sup>ème</sup>, comme « parent biologique » de l'enfant ;
- ordonné la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant A... Z... ;
- dit, en application des dispositions de l'article 331 du code civil, que Mme X... exercera avec Mme Z... toutes les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant A... Z... ;
- rejeté les autres demandes.

C'est l'arrêt attaqué par le procureur général près la cour d'appel de Montpellier, d'une part, par Mme X..., d'autre part.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

### **Moyen unique du pourvoi n° H 18-50.080 :**

Le procureur général près la cour d'appel de Montpellier fait grief à l'arrêt de juger que le lien biologique doit être retranscrit par l'officier d'état civil, sur l'acte de naissance de la mineure sous la mention de Mme K... X..., née le [...] 1968 à Paris XIVe comme « parent biologique » de l'enfant alors :

*« que selon les dispositions de l'article 57 du code civil, l'acte de naissance d'un enfant mentionne ses seuls « père et mère », qu'en créant par voie prétorienne, une nouvelle*

*catégorie non sexuée de « parent biologique », la cour d'appel de Montpellier, même en faisant appel à des principes supérieurs reconnus au niveau international, a violé les dispositions de l'article 57 du Code civil ».*

**Moyen unique du pourvoi n° X 19-11.251 :**

Mme X... fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription, sur les registres de l'état civil, de sa reconnaissance de maternité à l'égard de l'enfant A... Z..., de dire qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir ce lien biologique retranscrit sur son acte de naissance sous la mention de Mme K... X..., née le [...] 1968 à Paris 14<sup>ème</sup>, comme « parent biologique » de l'enfant, d'ordonner la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant et de rejeter ses autres demandes alors :

*1°/ que la loi fixe les règles concernant l'état des personnes ; que s'il incombe au juge de statuer au regard du droit existant, il ne lui appartient pas de créer de nouvelles catégories juridiques de personnes ; que les dispositions du code civil relatives à la filiation ne font référence qu'au père et à la mère, pour établir une filiation, à l'exclusion de toute mention d'une catégorie « neutre » intitulée « parent biologique » ; qu'en l'espèce, en refusant à Mme K... X... de transcrire sur l'acte de naissance de A... Z... la reconnaissance prénatale de maternité du [...] 2014 pour y substituer la mention de « parent biologique » tandis qu'une telle catégorie n'existe pas en droit français, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs, violant l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;*

*2°/ que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin ; que dès lors, ne peut figurer, sur un acte de l'état civil, le lien de filiation d'un enfant avec un « parent biologique », neutre, sans précision de sa qualité de père ou de mère ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de voir reconnaître la réalité de sa filiation biologique avec Mme K... X... (arrêt, p. 11 § 1) ; que l'établissement d'une filiation par la voie de l'adoption était, en l'occurrence, impossible (arrêt, p. 10 in fine et p. 11 § 1) ; que la cour d'appel a également constaté que le droit au respect de la vie privée de Mme K... X... excluait qu'il puisse lui être imposé une filiation paternelle (arrêt, p. 11 § 3 et 4) ; qu'il se déduisait de ces constatations, relatives à la nécessité, pour l'intérêt supérieur de l'enfant, de reconnaître la filiation biologique avec Mme K... X..., mais l'impossibilité de faire figurer sur l'acte de naissance de A... Z... une filiation paternelle à l'égard de Mme K... X..., que seule la mention de Mme K... X... en qualité de mère, était de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée de Mme X... et de A... Z... ; qu'en jugeant le contraire, aux motifs inopérants et erronés qu'une telle filiation « aurait pour effet de nier à A... la filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle », la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant les articles 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et*

les article 3-1 et 7 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ;

3°/ que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, en application de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté qu'imposer à Mme K... X... un lien de filiation paternel « constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant, dans la mesure où chaque production de son livret de famille serait l'occasion d'une révélation de la transidentité de son auteur, nonobstant par ailleurs le risque pour l'un et l'autre de discrimination » (arrêt, p. 11 § 4) ; qu'en retenant que le terme de « parent biologique » était de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie la réalité de sa filiation biologique avec le droit de Mme X... de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant et le droit au respect de sa vie privée (arrêt, p. 11 in fine), sans expliquer en quoi une telle mention dans le livret de famille ne serait pas également l'occasion d'une révélation de la transidentité de Mme X..., l'existence de la mention « parent biologique » n'existant pas en droit français et, en conséquence, sans rechercher quelles seraient les conséquences pratiques provoquées par la mention d'un « parent biologique » sur l'acte d'état civil de Mme A... Y...au regard du droit à la vie privée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que, depuis un jugement du 3 février 2011, Mme K... X... est de sexe féminin à l'état civil ; que la cour d'appel a constaté que l'existence d'un lien biologique entre Mme X... et A... Y...n'était pas contestée ; qu'en jugeant que l'intérêt de l'enfant A... Y...était de voir reconnaître avec Mme X... un lien de filiation non sexué, aux motifs que l'établissement d'un lien de filiation maternelle aurait pour effet de lui nier toute filiation paternelle et de brouiller la réalité de la filiation maternelle, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si à l'inverse le fait d'établir une filiation non maternelle avec Mme X... n'était pas susceptible d'entraîner, pour l'enfant, des conséquences négatives, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 § 1 et 7 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ;

5°/ qu'en application de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe ; que cette disposition interdit de traiter de manière différente, sans justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables et prohibe les discriminations liées notamment à l'identité sexuelle des personnes ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que, depuis un jugement du 3 février 2011, Mme K... X... est de sexe féminin à l'état civil ; que la cour d'appel a par ailleurs constaté que l'existence d'un lien biologique entre Mme X... et D... Y...n'était pas contestée ; qu'en refusant de faire produire effet à la reconnaissance prénatale de

*maternité établie par Mme X... et de reconnaître Mme X... comme la mère de D... Z..., par des motifs inopérants, cependant qu'une personne née femme ayant accouché d'un enfant peut faire reconnaître le lien de filiation maternelle qui l'unit à son enfant biologique, la cour d'appel a créé entre les femmes ayant accouché de l'enfant et les autres mères génétiques une différence de traitement qui ne peut être considérée comme justifiée et proportionnée aux objectifs poursuivis, peu important à cet égard que cela conduise à l'établissement d'un double lien de filiation maternelle biologique, et a violé l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;*

*6°/ que le conjoint de même sexe que le parent biologique d'un enfant est autorisé à adopter l'enfant dans le cadre d'une adoption plénière, de sorte qu'un enfant peut se voir reconnaître un lien de filiation avec deux personnes de même sexe ; que si le législateur a estimé qu'une double filiation maternelle ne pouvait être établie que par la voie de l'adoption, c'est pour ne pas porter atteinte à la vérité biologique ; que dès lors, l'établissement d'une double filiation maternelle par la voie de l'accouchement et de la reconnaissance prénatale doit être admise lorsqu'elle n'est pas contraire à la vérité biologique ; qu'en refusant à Mme X... l'établissement d'un lien de filiation maternelle avec son enfant biologique, par des motifs inopérants tenant notamment au fait qu'elle était de même sexe que la mère biologique de l'enfant avec lequel un lien de filiation maternelle était déjà établi et que la loi nationale ne permettrait pas l'établissement d'une double filiation maternelle, la cour d'appel a créé une différence de traitement non justifiée entre les personnes pouvant adopter l'enfant de leur conjoint et les personnes liées biologiquement à un enfant et a ainsi derechef violé l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;*

*7°/ que, en définitive, en refusant de reconnaître l'existence d'un lien de filiation maternelle entre Mme X... et l'enfant D... Y...aux motifs qu'une déclaration de maternité non gestatrice aurait « pour effet de nier à D... toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle », tandis que la réalité du lien biologique unissant D... Y...tant à Mme Y...qu'à Mme X... n'était pas contestée et que les deux filiations maternelles ainsi établies, l'une par la reconnaissance prénatale et l'autre par la mention du nom de Mme Y...sur l'acte de naissance après l'accouchement, n'étaient pas concurrentes et ne se contredisaient pas, la cour d'appel a en réalité refusé de faire droit à la demande de Mme X... en raison de sa transidentité et a, ainsi, violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;*

*8°/ que, subsidiairement, le droit au respect de la vie privée et familiale doit être reconnu sans distinction selon la naissance ; qu'un lien de filiation maternelle peut être établi à l'égard d'une mère d'intention ; qu'en l'espèce, outre le lien biologique existant entre Mme X... et D... Z..., il n'était pas contesté que Mme X... s'est toujours comportée, et se comporte toujours, comme une mère d'intention pour l'enfant ; qu'en application du droit au respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant, la filiation maternelle entre Mme X... et D... Y...doit donc être reconnue et inscrite dans les registres d'état civil de l'enfant ; qu'en jugeant le contraire, la cour*

*d'appel a violé les articles 3-1 de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

### **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

Quelle est la filiation de l'enfant issu d'un engendrement charnel entre une femme et un homme (son époux) devenu femme à l'état civil (personne transgenre homme-femme) ?

La reconnaissance de maternité anténatale faite par l'épouse de la mère peut-elle être transcrite sur les registres de l'état civil ?

La personne transgenre homme-femme qui a conçu l'enfant avec son appareil reproductif masculin peut-elle être désignée comme « parent biologique » dans l'acte de naissance de l'enfant ?

Quelles sont, en la matière, les exigences résultant de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant ?

### **4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

#### **4.1 - Les textes visés par les moyens**

Aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

*La loi fixe les règles concernant :*

*- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;*

*- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités. [...]*

Aux termes de l'article 57, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil :

*L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, **ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère** et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. **Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.***

Aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant :

*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*

Aux termes de l'article 7, § 1, de cette Convention :

*L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.*

Aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

*1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

*2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

Aux termes de l'article 14 de cette Convention :

*La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.*

Par ailleurs, Mme X... a fondé sa demande sur l'article 316 du code civil, qui, dans sa rédaction applicable, antérieure à celle issue de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, dispose que :

*Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, **elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.***

*La reconnaissance n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur.*

*Elle est faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.*

*L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62 et la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation ainsi établi.*

Aux termes de l'article 62 du code civil :

*L'acte de reconnaissance énonce les prénoms, nom, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile de l'auteur de la reconnaissance.*

*Il indique les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'article 326.*

***L'acte de reconnaissance est inscrit à sa date sur les registres de l'état civil. Seules les mentions prévues au premier alinéa sont portées, le cas échéant, en marge de l'acte de naissance de l'enfant.***

*Dans les circonstances prévues à l'article 59, la déclaration de reconnaissance peut être reçue par les officiers instrumentaires désignés en cet article et dans les formes qui y sont indiquées.*

*Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il est fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2.*

#### **4.2 - Le rappel des dispositions relatives à la modification de la mention du sexe à l'état civil<sup>1</sup>.**

Jusqu'à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, aucun texte ne définissait les conditions d'une modification de la mention du sexe à l'état civil, ce qui a conduit la Cour de cassation à fixer ces conditions de façon prétorienne, à partir des années 1990<sup>2</sup>.

Le changement de la mention du sexe était autorisé sur le fondement de l'article 99 du code civil, relatif à la rectification des actes de l'état civil, lorsque le requérant établissait « *la réalité du syndrome transsexuel [...] ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence* » (1<sup>re</sup> Civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490, Bull. n° 124 et 10-26.947, Bull. n° 123).

Désormais, il est possible d'obtenir une modification de la mention relative au sexe dans les actes de l'état civil en prouvant seulement "*par une réunion suffisante de faits*" que la mention existante ne correspond pas "*à celui dans lequel se présente la personne et dans lequel elle est connue*".

---

<sup>1</sup> Les développements qui suivent sont, pour partie, extraits du rapport établi par le rapporteur dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, Bull. 2017, I, n° 101.

<sup>2</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829, Bull. n° 117 ; CEDH, arrêt du 25 mars 1992, n° 13343/87, *B c/ France* ; Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et n° 91-12.373, Bull. n° 13 ; 1<sup>re</sup> Civ., 7 juin 2012, n° 11-22.490, Bull. n° 124 et 10-26.947, Bull. n° 123 ; 1<sup>re</sup> Civ., 13 février 2013, n° 12-11.949, Bull. n° 14 ; 1<sup>re</sup> Civ., 13 février 2013, n° 11-14.515, Bull. n° 13.

Contrairement à ce qu'imposait la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, l'intervention chirurgicale n'est donc plus nécessaire, ni la transformation irréversible de l'apparence : *“Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande”*.

Le critère médical est totalement supprimé et le mécanisme retenu est celui de la possession d'état<sup>3</sup>.

Une section 2 bis intitulée *“De la modification de la mention du sexe à l'état civil”* a ainsi été créée, après la section 2 du chapitre II du titre II du livre Ier du code civil consacrée aux changements de prénoms et de nom, dont les dispositions sont les suivantes :

Article 61-5 du code civil :

*Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification.*

*Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être :*

*1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ;*

*2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel;*

*3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.*

Article 61-6 :

*La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.*

*Le demandeur fait état de son consentement libre et éclairé à la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil et produit tous éléments de preuve au soutien de sa demande.*

*Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.*

*Le tribunal constate que le demandeur satisfait aux conditions fixées à l'article 61-5 et ordonne la modification de la mention relative au sexe ainsi que, le cas échéant, des prénoms, dans les actes de l'état civil.*

Article 61-7 :

*Mention de la décision de modification du sexe et, le cas échéant, des prénoms est portée en marge de l'acte de naissance de l'intéressé, à la requête du procureur de la*

---

<sup>3</sup> Les travaux préparatoires font état d'une *“démédicalisation”* complète de la procédure de changement de sexe.

*République, dans les quinze jours suivant la date à laquelle cette décision est passée en force de chose jugée.*

*Par dérogation à l'article 61-4, les modifications de prénoms corrélatives à une décision de modification de sexe ne sont portées en marge des actes de l'état civil des conjoints et enfants qu'avec le consentement des intéressés ou de leurs représentants légaux. Les articles 100 et 101 sont applicables aux modifications de sexe.*

Article 61-8 :

***La modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification.***

Le législateur a donc réglé la situation des enfants nés avant la modification de la mention du sexe du parent mais a omis de régler le sort des enfants nés après cette modification<sup>4</sup>.

Toute la doctrine a immédiatement constaté ce vide législatif<sup>5</sup>.

**A. Marais**<sup>6</sup> constate que la démedicalisation du changement ouvre grande la porte aux « hommes enceints » et que le législateur a omis de fixer les règles de filiation applicables à un enfant dont un homme serait accouché : « *En reportant sur le juge le soin de les déterminer, il s'est, selon elle « placé dans une situation d'« incompétence négative », pour ne pas avoir exercé pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution en matière d'état des personnes. « Plutôt que de légiférer d'une « main tremblante » sur la question essentielle et complexe de l'identité sexuelle, le législateur a choisi l'improvisation au risque de laisser le juge, fort dépourvu quand l'homme enceint sera venu ».*

---

<sup>4</sup> V. également la circulaire du 10 mai 2017 de présentation des dispositions de l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil.

<sup>5</sup> V. F. Granet-Lambrechts, Droit de la filiation, *D.* 2019. 663 ; J.-R. Binet, « Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères ! », *Dr. fam.* 2018. Repère 11 et la doctrine citée *infra*.

<sup>6</sup> « Le sexe (si) que je veux, quand je veux », *JCP G* n° 45, 7 novembre 2016, 1164.

**S. Paricard**<sup>7</sup> estime que « le législateur, en défaisant sciemment la jurisprudence<sup>8</sup>, aurait dû prévoir les conséquences de ses propres dispositions d'autant plus que l'enfant biologique du transsexuel était déjà en 2016 une réalité indéniable, même en France, comme le démontre d'ailleurs l'espèce portée devant la cour d'appel : une femme ayant changé de sexe (MtF) pendant son mariage a procréé naturellement avec son épouse et a opéré une reconnaissance prénatale de l'enfant dont elle demande la transcription sur son état civil. Mais le législateur s'est bien gardé de régir la situation juridique de cet enfant, « à la limite de l'incompétence négative ». Il semblerait qu'il souhaite dépolitiser la question en la judiciarisant alors que la question des transsexuels et de leur postérité est un « débat qui touche aux fondements mêmes de la société ».

**G. Kessler**<sup>9</sup> relève également que « le principe d'identité choisie, ou d'identité de genre, consacré expressément en droit français depuis la loi du 18 nov. 2016 affranchit les personnes transgenres de toute exigence médicale : « le changement de sexe se fonde donc désormais sur la possession d'état sexuel, sur l'apparence sociale choisie par la personne et uniquement sur cet élément » [...]. Il s'inscrit ainsi dans une logique d'autonomie de la volonté et n'exclut en rien que l'individu concerné conserve les organes génitaux correspondant à son sexe de naissance. Deux femmes ou deux hommes peuvent donc donner naissance à un enfant sans avoir recours à une quelconque technologie reproductive. Le législateur ayant omis d'en tirer les conséquences en modifiant le titre VII du code civil relatif à la filiation, il revenait aux juges de rechercher la solution la plus adéquate pour appréhender cette situation atypique ».

**F. Vialla et J-P. Vauthier**<sup>10</sup> s'étonnent également que le législateur ait sciemment ignoré ces situations à l'occasion de l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, qui, précisément, procédait à une démedicalisation de la procédure et consacrait l'abandon de la « stérilisation » comme condition du changement de la mention du sexe à l'état civil, ouvrant ainsi la voie à la « maternité masculine » et à la « paternité féminine ». Ils y voient un « silence coupable » et une « insuffisance manifeste du texte ».

---

<sup>7</sup> S. Paricard, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur », *D.* 2019 p. 110.

<sup>8</sup> Comme exposé *supra*, la jurisprudence exigeait, avant la loi du 18 novembre 2016, qu'à travers les traitements médicaux subis par les personnes transgenres, elles ne puissent procréer dans leur sexe d'origine.

<sup>9</sup> « La déssexualisation de la parenté, Cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018 », *AJ fam.* 2018. 684.

<sup>10</sup> « Père, Mère, Parent (biologique) : rayer la/les mention(s) « inutiles » », *JCP G* n°5, 4 février 2019, p. 95.

Pour **L. Brunet et Ph. Reigné**<sup>11</sup>, tout en laissant intacte la fécondité des personnes transidentitaires et en leur ouvrant ainsi la voie de la procréation naturelle, le législateur de 2016 ne s'est préoccupé que de la filiation des enfants déjà nés et non de celle des enfants à venir. C'est, selon eux, probablement un choix du législateur d'avoir laissé « *son œuvre inachevée, abandonnant aux tribunaux la tâche de la compléter. Il lui était difficile, en effet, de modifier, au moyen d'un simple amendement, les modes d'établissement de la filiation* ».

On relèvera que le projet de loi relatif à la bioéthique, tel qu'il a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 15 octobre 2019, ne comporte aucune disposition relative à la filiation des enfants nés de personnes transgenres ayant obtenu une modification de la mention du sexe à l'état civil<sup>12</sup>.

Dans le présent dossier, Mme X... a obtenu le changement de la mention du sexe figurant dans les actes de l'état civil par un jugement du 3 février 2011 (avant même l'intervention législative donc). Née de sexe masculin, elle dispose désormais d'actes de l'état civil la désignant comme femme.

La question posée par le présent pourvoi est donc celle de la filiation de l'enfant né après ce changement de la mention du sexe à l'état civil. En effet, alors que Mme X... est désignée comme une femme à l'état civil, elle a conçu l'enfant de façon charnelle avec son épouse, puisqu'elle a conservé son appareil reproductif masculin.

#### **4.3 - Le droit interne applicable à l'établissement de la filiation de l'enfant D...**

Il est constant que Mme Y...a donné naissance à l'enfant D... Z....

La filiation est établie à son égard par l'acte de naissance puisqu'elle est désignée dans l'acte.

En effet, aux termes de l'article 311-25 du code civil, « *la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

Dans l'hypothèse d'une action en contestation de maternité, cette filiation serait confortée puisque la preuve de l'accouchement pourrait être rapportée. L'article 332, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil prévoit en effet que « *la maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant* ».

---

<sup>11</sup>« De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire », *JCP G*, 4 février 2019, 91

<sup>12</sup> V. *infra* l'amendement proposé et retiré sur cette question.

En matière d'action en établissement de la filiation, l'article 325 du code civil précise également que l'action en recherche de maternité est « réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ».

S'agissant de Mme X..., celle-ci n'a, par définition, pas accouché de l'enfant.

Sa reconnaissance de maternité fondée sur l'article 316 du code civil ne peut, en l'état du droit positif, être transcrite sur l'acte de naissance de l'enfant dès lors qu'elle établirait un double lien de filiation maternelle, ce qu'exclut l'article 320 du code civil.

Ce texte dispose en effet que :

*Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.*

Ce principe, dit "principe chronologique", a été consacré par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, afin de prévenir les conflits de filiation<sup>13</sup>.

F. Granet-Lambrechts le définit de la façon suivante : *"Il y a un conflit de filiations lorsque la filiation d'un enfant se trouve légalement établie simultanément à l'égard de deux hommes ou à l'égard de deux femmes. Le principe chronologique subordonne la validité de l'établissement d'un lien de filiation, lorsqu'il est postérieur à un lien contraire valablement établi, à l'annulation du premier en date"*<sup>14</sup>.

Ainsi, hors adoption,<sup>15</sup> une filiation établie à l'égard d'un homme fait obstacle à l'établissement d'une filiation qui la contredirait : *"qu'elle résulte de la possession d'état, de la présomption de paternité ou d'une reconnaissance, elle doit être au préalable anéantie"*<sup>16</sup>.

Il en va de même pour deux femmes : une femme ne pourrait reconnaître un enfant alors qu'une filiation maternelle serait déjà établie.

---

<sup>13</sup> Ce principe résultait auparavant de divers textes : articles 328, 334-9 et 338 du code civil. L'ordonnance de 2005 ayant eu pour objectif de stabiliser et sécuriser la filiation tout en préservant l'enfant des conflits de filiation, elle l'a élevé au rang de règle générale (F. Granet-Lambrechts - *J.-Cl. Civil* - articles 318 à 324 - Fasc. unique : filiation - actions relatives à la filiation - mise à jour : 12 juin 2017 - spéc. n° 19).

<sup>14</sup> F. Granet-Lambrechts, *JurisClasseur Civil* précité - Art. 318 à 324 - Fasc. unique : filiation - actions relatives à la filiation - mise à jour : 12 juin 2017, n° 18

<sup>15</sup> laquelle figure au titre VIII et non au titre VII du code civil.

<sup>16</sup> Ph. Malaurie, H. Fulchiron, « La famille », Defrénois, 3<sup>ème</sup> édition, spéc. n° 1278.

Le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 17 mai 2013 (Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC) :

*“40. Considérant que le titre VII distingue entre la filiation maternelle et la filiation paternelle, que l'article 320 du Code civil, qui figure au sein de ce titre VII, dispose : “Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait” ; que, par suite, **les dispositions de cet article font obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant**; qu'ainsi, en particulier, au sein d'un couple de personnes de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du Code civil; que le mariage est sans incidence sur les autres modes d'établissement de la filiation prévus par le titre VII du livre Ier du Code civil”.*

Cette solution a été confirmée par l'avis de notre chambre du 7 mars 2018 relatif à la possession d'état au sein des couples de même sexe (Avis de la Cour de cassation, 7 mars 2018, n° 17-70.039, Bull. 2018, Avis, n° 2) : « *l'article 320 du code civil dispose que, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. Ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant* ».

La circulaire du 28 octobre 2011 relative à l'état civil<sup>17</sup> précise ainsi que :

**Lorsqu'une reconnaissance contredit une filiation légalement établie antérieurement**, l'officier de l'état civil doit la recevoir et établir l'acte de reconnaissance à titre conservatoire.

*En revanche, cette reconnaissance ne pourra produire d'effets et être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant tant que la première filiation n'a pas été annulée. De même que l'officier de l'état civil devrait refuser de recevoir un acte comportant des indications contradictoires, et donc manifestement mensongères, il ne doit pas apposer en marge d'un acte une mention inconciliable avec les énonciations qu'il contient.*

**Ainsi, l'officier de l'état civil détenteur de l'acte de naissance, lorsqu'il constate qu'un lien de filiation est déjà établi, doit refuser d'apposer cette mention et en aviser sans délai le procureur de la République. Il revient à ce dernier d'informer l'auteur de la reconnaissance de l'impossibilité de la mentionner en marge de l'acte de naissance de l'enfant, tant que le premier lien de filiation n'a pas été annulé par une décision devenue définitive.**

---

<sup>17</sup> Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, n° 259.

*Le procureur de la République appréciera si des instructions particulières doivent être données à l'officier de l'état civil détenteur de l'acte de naissance et de l'acte de reconnaissance pour la délivrance de ceux-ci sous forme de copies ou extraits, tant que ce conflit n'a pas été tranché.*

*Il peut arriver que le lien de filiation mentionné dans l'acte de naissance ait en réalité été établi postérieurement à une autre filiation contraire, dont l'officier de l'état civil n'avait pas connaissance lors de l'établissement de l'acte de naissance. Le cas peut notamment se produire en présence d'une reconnaissance prénatale, alors que l'enfant est déclaré par le mari de la mère ou par un tiers qui déclare le reconnaître à cette occasion.*

*L'officier de l'état civil qui découvre cette situation à l'occasion de l'apposition de la mention marginale relative à la reconnaissance prénatale doit en référer sans délai au ministère public afin que celui-ci informe son auteur de l'existence d'une filiation contradictoire dans l'acte de naissance de l'enfant. L'auteur de cette reconnaissance prénatale peut alors engager une action en contestation de la filiation figurant dans l'acte (art.332 C.civ.).*

Les exemples donnés concernent des reconnaissances de paternité car la reconnaissance de maternité est aujourd'hui très rare (puisque l'acte de naissance désignant la mère suffit à établir le lien de filiation), bien que possible (comme le prévoit l'article 316 du code civil précité). Cela étant, la règle est la même et l'officier de l'état civil ne peut, en l'état du droit positif, enregistrer une reconnaissance de maternité alors que l'enfant a déjà une mère désignée dans son acte de naissance<sup>18</sup>.

La circulaire précitée prévoit ainsi que la reconnaissance maternelle « *ne peut être reçue que si la filiation maternelle n'est pas établie, c'est-à-dire lorsqu'elle a demandé à ce que son nom ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant, que la mère soit mariée ou non* »<sup>19</sup>.

On relèvera que, dans le projet de loi relatif à la bioéthique tel qu'il a été voté en première lecture par l'Assemblée nationale, qui ouvre l'AMP aux couples de femmes, la reconnaissance maternelle n'est pas davantage possible pour la mère n'ayant pas

---

<sup>18</sup> V. A. Dionisi-Peyrusse, « État civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle, Cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018 », *D.* 2019. 110 ; Pour une opinion, contraire, V. Ph. Reigné, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle - À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G*, n° 51, 19 décembre 2016, 1378, qui soutient qu'une double filiation maternelle ou paternelle pourrait certainement être consacrée au moyen de la reconnaissance d'enfant, dont l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a fait un mode général d'établissement de la filiation. Selon lui, « *les principes s'y opposant, à savoir le principe de subsidiarité, le principe chronologique et le principe sexué, tendent principalement à éviter une contradiction, d'un point de vue biologique, entre des filiations de même nature. Or, une telle contradiction n'existerait pas dans l'hypothèse considérée, puisque l'enfant aurait bien pour génitrices deux personnes de même sexe* ».

<sup>19</sup> Circulaire précitée, n° 276.

accouché, l'établissement de la filiation résultant d'une reconnaissance conjointe devant le notaire lors du recueil du consentement à l'AMP avec tiers donneur<sup>20</sup>. Le texte ne crée pas, en l'état, une double filiation maternelle *ab initio* hors le cas de l'AMP avec tiers donneur. Ainsi, même après le vote de la loi<sup>21</sup>, s'il a lieu, Mme X... ne devrait pas pouvoir faire inscrire sa reconnaissance de maternité sur les registres de l'état civil et la faire mentionner en marge de l'acte de naissance de l'enfant (encore une fois, en application du droit interne, la question de la conventionnalité de cette solution au regard du droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant étant posée par le pourvoi et examinée ci-dessous).

La question qui se pose, au regard du droit interne, est de savoir si Mme X... peut voir établir un lien de filiation avec l'enfant.

L'adoption de l'enfant par celle-ci est juridiquement possible, depuis la loi n° 2013-404 du 17 mars 2013 ayant ouvert le mariage (et donc l'adoption) aux couples de même sexe. Les intéressées, qui sont mariées, ne sont donc pas dépourvues de toute voie de droit pour voir consacrer une double filiation de nature maternelle. Les juges du fond ont cependant constaté que Mme Y...s'opposait à cette adoption<sup>22</sup>.

Hors l'hypothèse de l'adoption de l'enfant D..., Mme X... peut-elle voir établir un lien de filiation avec celle-ci ? Une filiation paternelle pourrait-elle être établie pour l'enfant dès lors que sa filiation maternelle est d'ores et déjà établie ?

---

<sup>20</sup> L'article 342-11 du code civil est, en l'état du projet de loi, ainsi rédigé : *Pour les couples de femmes, la filiation est établie, à l'égard de chacune d'elles, par la reconnaissance qu'elles ont faite conjointement devant le notaire lors du recueil du consentement mentionné à l'article 342-10.*

<sup>21</sup> A noter que le présent dossier a été précisément évoqué lors des débats à l'Assemblée Nationale relatifs à l'examen de l'amendement n° 2138 (V. Session ordinaire de 2019-2020 - Compte rendu intégral - Deuxième séance du jeudi 3 octobre 2019, M. Pascal Brindeau : *L'amendement de M. Gérard vise à couvrir des situations comparables à celles dont la Cour de cassation a été saisie, après un arrêt rendu par la cour d'appel de Montpellier : une personne trans revendiquait le statut de mère, sachant qu'elle avait recouru à ses « gamètes masculins » [...]. Nous parlons bien ici d'une personne transgenre qui, devenue femme, revendique sa qualité de mère, alors que ses gamètes masculins ont servi à concevoir un enfant au sein de son couple. Cela revient à privilégier la volonté par rapport à la réalité biologique - seuls mots capables de qualifier cette réalité. Si l'amendement de M. Gérard est susceptible de résoudre cette situation, il ouvre la voie à d'autres difficultés : demain, toute personne ayant contribué à faire naître un enfant avec ses gamètes, qu'ils soient masculins ou féminins, et ayant changé d'état civil - homme devenu femme, ou femme devenue homme -, pourrait revendiquer une qualité de mère, voire de père. Cela ferait voler en éclat le droit français de la filiation, ni plus ni moins.*

**L'amendement n° 2138 a finalement été retiré.**

<sup>22</sup> Sur la critique de l'adoption, qui n'aurait pas vocation en principe à établir un lien de filiation entre un parent et son enfant biologique, V. S. Paricard, *D.* 2019 p. 110, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur ».

Le conseiller de la mise en état a constaté que le lien biologique de l'enfant D... avec Mme X... n'avait jamais été contesté (raison pour laquelle il a jugé que l'expertise biologique n'était pas nécessaire).

Dès lors, si une action en contestation ou en établissement de la filiation devait être engagée à l'avenir, l'expertise conduirait à l'établissement d'un lien biologique avec Mme X... correspondant à une procréation avec des gamètes mâles<sup>23</sup>.

Dans une décision du 18 mai 2005 - certes déjà ancienne au regard des évolutions du droit survenues depuis lors -, notre chambre a approuvé les juges du fond qui, saisis d'une action en contestation d'une reconnaissance de paternité effectuée par un homme qui était à l'origine de sexe féminin, avaient annulé cette reconnaissance « *contraire à la vérité biologique* ». Elle a précisé que cette décision n'était pas contraire aux articles 8, 12 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

- 1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, Bull. 2005, I, n° 211 :

*Attendu que H... P... est né le 27 décembre 1991 ; qu'il a été reconnu par sa mère puis, le 4 mai 1994, par M. Z..., à l'origine de sexe féminin et ayant obtenu la modification de son état civil par jugement du 8 décembre 1993 ; qu'après leur séparation, Mme P... a saisi le tribunal de grande instance de Nice d'une action en contestation de la reconnaissance ;*

*Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 mars 2002) d'avoir accueilli la demande et annulé la reconnaissance ;*

*Attendu que l'arrêt attaqué retient que la reconnaissance est contraire à la vérité biologique ; qu'il relève qu'aucun consentement à l'insémination artificielle n'est établi et qu'un tel consentement aurait été inefficace, l'article 311-20 n'ayant été introduit dans le Code civil que par la loi du 29 juillet 1994 ; que la cour d'appel, qui a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, en organisant un droit de visite, a légalement justifié sa décision qui n'est pas contraire aux articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

*D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli.*

Au cas présent, le lien de filiation doit-il refléter la « réalité biologique », ce qui reviendrait à désigner Mme X... en qualité de père ?

---

<sup>23</sup> Définition du gamète (Larousse) : *Cellule reproductrice, mâle ou femelle, dont le noyau ne contient qu'un seul chromosome de chaque paire et qui s'unit au gamète de sexe opposé (fécondation) pour donner naissance à un œuf (zygote).*

Chez l'humain, les gamètes femelles sont les ovules et les gamètes mâles les spermatozoïdes.

Du point de vue de la « réalité biologique » comme des règles d'établissement de la filiation - celles de la filiation charnelle ici -, celle-ci n'est-elle pas une filiation paternelle ?

En inversant la situation et en considérant l'hypothèse d'une personne transgenre femme devenue homme qui aurait accouché<sup>24</sup>, le principe « *mater semper certa est* » ne conduirait-il pas à désigner l'intéressé comme mère (bien qu'étant homme à l'état civil) ?

C'est en ce sens que s'est prononcée, en Allemagne, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), dans une décision du 6 septembre 2017, en retenant qu'une femme devenue homme devait être considérée comme la mère de l'enfant, sur le fondement de l'article 1591 du BGB (code civil allemand), qui prévoit que « *la femme qui a donné naissance à un enfant est sa mère* »<sup>25</sup>.

Par la suite, et statuant « *dans la continuité de cette décision* », la même Cour de justice a retenu, dans une décision du 29 novembre 2017<sup>26</sup>, qu'une personne transsexuelle d'homme à femme, avec le sperme de laquelle avait été conçu un enfant né postérieurement à la décision relative au changement de sexe, avait uniquement la possibilité d'obtenir le statut de père et non le statut de mère.

Une solution similaire devrait-elle être adoptée en droit français, ce qui conduirait, le cas échéant, à n'envisager qu'une filiation paternelle pour Mme X... ?

Contrairement à ce qu'ont pu suggérer certains auteurs (V. *infra*), la présomption de paternité ne semble pas pouvoir être appliquée ici puisque l'acte de naissance de D... ne mentionne que le nom de sa mère, Mme Z.... En effet, aux termes de l'article 313 du code civil, « *la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père* ».

En revanche, l'article 315 du code civil prévoit que lorsque la présomption de paternité a été écartée, le père a la possibilité de « *reconnaître l'enfant dans les conditions prévues aux articles 316 et 320 du code civil* ».

---

<sup>24</sup> L'hypothèse n'est pas une hypothèse d'école, ainsi que le relate X. Labbé dans un article de 2018, « L'homme qui a accouché d'un enfant », *D.* 2018, 1085. Il s'agissait d'un Finlandais, né femme mais devenu un homme à l'état civil, qui a pu accoucher d'un enfant. « *L'homme a légalement changé de sexe en 2015 après des années de traitement à la testostérone. Mais il n'a pas sollicité l'intervention chirurgicale censée achever sa mutation physique. C'est dans ce paysage qu'il a pu décider d'avoir un enfant avec son mari* » (*bfm.tv.com*, 4 avr. 2018 ; *Premier accouchement d'un père transgenre*, *Le Figaro*, 5 avr. 2018) ».

<sup>25</sup> V. la décision citée *infra*.

<sup>26</sup> V. également la décision citée *infra*.

Conviendrait-il alors de considérer que la reconnaissance de maternité effectuée par Mme X... doit être assimilée à une reconnaissance de paternité ?

Resterait la question de la conventionnalité de cette solution : dans une telle hypothèse de rattachement de l'enfant à sa mère ou à son père biologique transgenre, la mention de la filiation figurant sur l'acte de naissance - en discordance avec l'identité de genre du parent concerné - porterait-elle une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée du parent et de l'enfant ?

Si cette atteinte était jugée disproportionnée, devrait-elle alors conduire à laisser inappliqué, au cas d'espèce (*in concreto*), le droit interne pour permettre la transcription d'une reconnaissance de maternité sans lien avec l'accouchement ?

Ou conviendrait-il, comme l'a fait la cour d'appel, d'inventer une nouvelle catégorie afin de répondre à la situation très particulière qui est celle de l'enfant D... ?

#### **4.4 - La création d'une nouvelle catégorie juridique par l'arrêt attaqué**

##### **4.4.1 - La création prétorienne, par la cour d'appel de Montpellier, d'une nouvelle catégorie à l'état civil**

L'article 57 du code civil, qui régit les actes de naissance, précise, on l'a vu, que l'acte de naissance énonce les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des « *père et mère* ».

On relèvera que l'article 34 a) du même code, qui prévoit les dispositions communes aux divers actes, fait référence aux « parents ». Il dispose en effet que :

*Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms et nom de l'officier de l'état civil, les prénoms, noms, professions et domiciles de tous ceux qui y seront dénommés.*

*Les dates et lieux de naissance :*

*a) **Des parents dans les actes de naissance et de reconnaissance ;***

*b) De l'enfant dans les actes de reconnaissance ;*

*c) Des époux dans les actes de mariage ;*

*d) Du décédé dans les actes de décès,*

*seront indiqués lorsqu'ils seront connus. Dans le cas contraire, l'âge desdites personnes sera désigné par leur nombre d'années, comme le sera, dans tous les cas, l'âge des déclarants. En ce qui concerne les témoins, leur qualité de majeur sera seule indiquée.*

On sait que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'utilisation généralisée d'un modèle unique d'acte de naissance sous forme de rubriques est recommandée pour permettre la simplification de la tenue de l'état civil<sup>27</sup>.

Cet acte se présente ainsi<sup>28</sup> :

**Acte de naissance N°** .....

Prénom(s) NOM

**ENFANT** : NOM : ..... suivant déclaration conjointe du ..... (date de la déclaration reçue pour le premier enfant commun

Prénom(s) :

Sexe : ..... (éventuellement .....jumeau)

Né(e) le : jour, mois, année à : .....heure(s) ..... minutes à : commune (département ou pays)

**PÈRE** : NOM : .....

Prénom(s) : .....

Né le : jour, mois, année à : commune (département ou pays)

Profession :

Domicile :

**MÈRE** : NOM : .....

Prénom(s) : .....

Née le : jour, mois, année à : commune (département ou pays)

Profession :

Domicile :

**ÉVÈNEMENTS RELATIFS À LA FILIATION** (antérieurs à l'établissement du présent acte)

Mariage des père et mère le ..... à .....

Reconnu(e) par le père le ..... à .....

Reconnu(e)<sup>29</sup> ..... le ..... à .....

Acte de notoriété constatant la possession d'état en date du .... délivré par le juge d'instance de...

---

<sup>27</sup> Circulaire du 28 octobre 2011 précitée relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, n° 50.

<sup>28</sup> Circulaire précitée p. 27.

<sup>29</sup> Uniquement en cas de reconnaissance maternelle, préciser, « par la mère » ou, en cas de reconnaissance conjointe « par les père et mère ».

La circulaire du 28 octobre 2011 précitée précise que « *l'officier de l'état civil indique l'identité des père et mère de l'enfant au vu des documents d'état civil ou d'identité qui sont produits par le déclarant* ».

Les termes « père » et « mère » apparaissent donc sur l'acte de naissance établi sous forme de rubriques.

Cependant, les extraits d'acte de naissance (avec ou sans indication de la filiation), qui se présentent sous forme littéraire, ne font pas apparaître les mentions « père » et « mère ».

La circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe décrit ainsi les extraits d'acte de naissance avec indication de la filiation :

**Référence de l'acte :**

**Extrait d'acte de naissance**

(Le cas échéant) **de ...** (Prénom(s), NOM)

**Le ...** (date) **à ...** (heure)

**est né(e) en notre commune** (pour les mairies) **à ...** (lieu de naissance)

Prénom(s) ...

NOM ...**[1re partie : ....2nde partie : ....] [suivant déclaration conjointe en date du.....] du sexe ...**,  **fils (ou fille) de ...** (Prénom(s), NOM),  **né(e) le ... à ...**

**et de ...** (Prénom(s), NOM),  **né(e) le ... à ...**

**MENTIONS MARGINALES**

**Extrait délivré conforme au registre**

(Lieu et date de la délivrance)

Quoi qu'il en soit, aucun texte, aucune disposition de notre droit ne fait référence à l'expression « parent biologique ».

Le juge peut-il dès lors, comme l'a fait la cour d'appel dans l'arrêt attaqué, créer une nouvelle catégorie à l'état civil ?

Notre chambre a jugé, sur le fondement de l'article 57 du code civil, que la loi française ne permettait pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin (1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, Bull. 2017, I, n° 101)<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Examinant la conventionnalité de cette solution, elle a ajouté que l'atteinte au droit au respect de la vie privée de l'intéressé, qui revendiquait l'indication d'une mention de sexe « neutre » ou « intersexe » à l'état civil, n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi, dès lors que celui-ci avait, aux yeux des tiers, l'apparence et le comportement social d'une personne de sexe masculin, conformément à l'indication portée dans son acte de naissance.

Au cas présent, la cour d'appel a estimé que la désignation à l'état civil de Mme X... comme parent biologique était la seule solution permettant de concilier le droit au respect de sa vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Elle a, d'abord, précisé le cadre juridique de la demande :

*Le litige porte sur la question de savoir si une seconde maternité de l'enfant D... peut-être établie au profit de Madame X... en application des dispositions de l'article 316 du code civil, comme l'affirment principalement Mme X... et Mme Z..., ou que celle-ci est impossible comme l'affirme le ministère public dès lors qu'en droit français c'est l'accouchement qui définit la filiation maternelle biologique et que cette filiation maternelle a déjà été établie conformément aux dispositions de l'article 311-25 du code civil par le seul fait de l'accouchement, l'UDAF estimant pour sa part qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir établi que Mme X... est le père biologique de l'enfant de manière à ce que D... Y...bénéficie ainsi de la même filiation que ses deux frères aînés.*

Et elle a, ensuite, énoncé, pour l'essentiel :

- qu'il existait un vide juridique quant au droit applicable à la situation particulière de Mme X... dès lors que le législateur s'était borné à préciser le sort des enfants nés avant la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil mais n'avait pas envisagé la possibilité qu'un enfant naisse des relations sexuelles de deux personnes reconnues de sexe féminin ;
  - qu'il ne pouvait être fait application des seules dispositions de droit interne sans vérifier si celles-ci n'étaient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée de Mme X... et de D... Y...;
  - qu'il était de l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie la réalité de sa filiation à l'égard de Mme X... ;
  - que celle-ci ne pouvait être établie par l'adoption dès lors qu'elle était rendue impossible par le refus de Mme Z..., que ce refus ne constituait pas un abus de droit, Mme Y...ayant intérêt, comme son enfant, à ce que soit reconnue la réalité du lien biologique unissant D... à Mme X... et que l'adoption serait contraire à l'intérêt de l'enfant de voir reconnaître la réalité de sa filiation biologique, comme ses frères ;
  - que l'intérêt supérieur de D... à voir reconnaître la réalité de sa filiation biologique ne permettait pas d'accueillir la demande de Mme X... d'être déclarée comme « mère non gestatrice », cette déclaration ayant pour effet de nier toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle ;
-

- que si notre droit offrait la possibilité pour Mme X... de se reconnaître comme le père biologique de l'enfant D... - reconnaissance qui aurait traduit la réalité d'une situation, certes complexe -, le droit au respect de sa vie privée excluait que l'on puisse lui imposer cette reconnaissance de paternité ;

- qu' « imposer à Mme X... un retour à l'ancien sexe, même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait à la contraindre à renoncer partiellement à l'identité sexuelle qui lui a été reconnue et constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant, dans la mesure où chaque production de son livret de famille serait l'occasion d'une révélation de la transidentité de son auteur, nonobstant par ailleurs le risque pour l'un et l'autre de discrimination ou d'intolérance ».

La cour d'appel en a déduit que seule la mention, sur l'acte de naissance de l'enfant, de Mme X... comme « parent biologique » était de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir la réalité de sa filiation biologique avec le droit de Mme X... de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation et le droit au respect de sa vie privée consacré par l'article 8 de la Convention EDH, « le terme de « parent » - neutre, pouvant s'appliquer indifféremment au père et à la mère, la précision, « biologique » - établissant de son côté la réalité du lien entre Madame X... et son enfant ».

#### **4.4.2 - Les commentaires de l'arrêt attaqué par la doctrine.**

Statuant sur une question éminemment sensible, l'arrêt attaqué a été abondamment commenté et a reçu un accueil réservé, même si de nombreux auteurs ont souligné la difficulté devant laquelle se trouvaient les juges montpelliérains face à la carence du législateur.

Parmi les rares commentateurs à approuver la décision, **S. Paricard**<sup>31</sup> soutient que l'établissement d'une filiation par le sang était impossible, ce qui a conduit la cour d'appel à suppléer « la carence des textes » en imposant « une nouvelle forme de filiation par le sang sur le fondement des articles 8 de la Convention EDH et 3 de la CIDE », faisant ainsi « oeuvre prétorienne ».

Elle rappelle notamment la jurisprudence *Mennesson et Labassée* de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH), selon laquelle « l'enfant doit pouvoir établir un lien de filiation avec son parent biologique, et notamment, en l'espèce, celui qui avait fourni des spermatozoïdes, lorsque telle est leur volonté commune. Il y est affirmé qu'« on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un élément essentiel de son identité alors que la réalité biologique

---

<sup>31</sup> S. Paricard, « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur », *D.* 2019. 110.

*de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance ».*

La cour d'appel aurait, « *dans la lignée de cet arrêt et sur ces mêmes fondements, créé cette nouvelle notion de « parent biologique » dégagée de tout caractère sexué afin de pouvoir établir un lien de filiation entre un parent et son enfant biologique qu'il élève depuis sa naissance ».*

Selon elle, « *cette oeuvre prétorienne ne peut être que consolidée afin de garantir les droits fondamentaux de l'enfant ».*

**F. Vialla et J.-P. Vauthier**<sup>32</sup>, après avoir regretté le silence du législateur, qui a contraint la cour d'appel à pallier sa carence, estiment que si « *la solution retenue par les juges de la cour d'appel de Montpellier ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante »*, « *elle constitue indéniablement une invitation faite au législateur de prendre la mesure de ses responsabilités et de remettre l'ouvrage sur le métier »* et poursuivent en relevant que « *la Cour de cassation épargnera peut-être cette tâche au législateur en exerçant « sa mission d'unification du droit par anticipation dans le but de minimiser les divergences de jurisprudence inévitables dans de tels contentieux » (S. Paricard : D. 2019, note préc.) ».*

Sur le fond, ils considèrent que la cour d'appel de Montpellier a dû faire oeuvre créatrice après avoir passé en revue les différentes solutions offertes par le droit positif, aucune n'étant satisfaisante.

Ils rappellent que la maxime « *mater semper certa est* » conduit à considérer que la mère de l'enfant est la femme accouchée et s'interrogent sur la présomption de paternité : « *Devant l'impossibilité d'une maternité partagée, hors l'hypothèse de l'adoption par la conjointe de la mère, pouvait-on envisager de faire jouer, ici, la règle pater is est quem nuptiae demonstrant ? Cette présomption permet d'établir la filiation a patre vis-à-vis de l'époux de la femme, mariée, qui accouche, mais précisément l'époux était en l'occurrence une épouse. Cette présomption peut-elle jouer en faveur de l'épouse de la femme accouchée (V. B. Moron-Puech, Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques, préc.) ? La présomption de paternité aurait pu certes être évoquée en l'espèce, mais celle-ci ne permettait de justifier que de l'établissement d'une filiation paternelle, solution clairement rejetée par Mme X. La Cour souligne que « notre droit offrait la possibilité à Mme X, tout en conservant son identité de femme, de se reconnaître comme le père biologique de l'enfant », que cette solution « aurait traduit la réalité d'une situation certes complexe ». Les magistrats remarquent cependant que « le droit au respect de la vie privée de Mme X, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec*

---

<sup>32</sup> « Père, Mère, Parent (biologique) : rayer la/les mention(s) « inutiles », JCP G n°5, 4 février 2019, p. 95.

*l'intérêt supérieur de l'enfant [...] exclut qu'on puisse lui imposer cette reconnaissance de paternité ». Un retour à « l'ancien sexe, même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité », constituerait une ingérence dans le droit au respect de sa vie privée et de celle de l'enfant. L'impossibilité de reconnaître une double maternité conduit aussi à rejeter la demande fondée sur la reconnaissance prénatale par la « mère non gestante » sauf à rendre impossible la filiation maternelle vis-à-vis de la femme accouchée ».*

Ils se demandent en définitive si les mentions de mère et de père ne devraient pas céder la place à celle, neutre, de parent ou s'il ne faudrait pas aménager la possibilité d'une maternité ou d'une paternité partagées, ce qui relève de la compétence du législateur.

**A. Marais**<sup>33</sup> estime quant à elle que l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier encourt plusieurs critiques : *« La mention du « parent biologique » inscrit une donnée factuelle (« biologique ») dans l'acte de naissance qui n'y a pas sa place. En outre, elle contrarie l'unité des fratries : les enfants du couple, nés avant le changement de sexe du mari en femme, ont un père et une mère. L'enfant engendré après la modification du sexe, aura, lui, un « parent biologique » et une mère. La mention est stigmatisante, au mépris de l'intérêt de l'enfant. Surtout la notion de « parent biologique » réalise une asexuation de la filiation, qui relève de la compétence du législateur et non du juge ».*

Elle invite le législateur à intervenir afin de régler le sort des enfants nés après le changement de sexe. Selon elle, *« il suffirait de modifier l'article 61-8 du code civil [...] en indiquant que « la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet [...] sur les filiations » avec éventuellement la précision « que celles-ci aient été établies avant ou après cette modification ».*

**A. Dionisi-Peyrusse**<sup>34</sup> est également réservée sur la référence à la notion de « parent biologique », qui ne se justifiait pas dès lors que *« la filiation est une construction sociale »* qui *« explique que la paternité, même hors adoption, ne repose pas systématiquement sur un fondement biologique ».*

**B. Moron-Puech**<sup>35</sup>, également critique à l'égard de la solution retenue, soutient qu'il convient de distinguer l'établissement de la filiation de ses effets (autorité parentale notamment) et que, s'agissant de l'établissement de la filiation, les notions de père et

---

<sup>33</sup> « Sexe, mensonge et quiproquo - À propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *JCP G* n° 48, 25 novembre 2019, doctr. 1237.

<sup>34</sup> « État civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle, Cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018 », *D.* 2019. 110 précité.

<sup>35</sup> « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF* 2018, chron. n° 26

de mère renvoient au sexe (biologique) du parent : « *En effet, l'établissement de la filiation dépend d'éléments biologiques traditionnellement associés au sexe (disposer d'un utérus pour la personne accouchant ou disposer de spermatozoïdes pour le conjoint marié, présumé être père)* ». S'agissant de l'autorité parentale, en revanche, les notions de père et mère devraient être comprises comme renvoyant à l'identité de genre du parent.

Muni de cette clef de lecture, il soutient qu'il est possible de répondre très simplement à la question posée à la cour d'appel de Montpellier. La mère de l'enfant est la personne qui a accouché. Le père de l'enfant est le conjoint de cette dernière, en l'espèce, l'époux de la femme ayant accouché, ce qui devait être inscrit sur l'acte de naissance.

Au cas présent, dès lors que l'enfant était né en mariage et qu'aucun doute ne se posait sur le lien biologique l'unissant aux membres du couple marié, il fallait selon lui appliquer la présomption de paternité.

Cependant, afin de régler la question des effets de cette filiation établie, et notamment la question de la publicité donnée à cette filiation dans les rapports avec les tiers, il estime que qualifier auprès des tiers la requérante de « père », alors qu'elle a une identité et une expression de genre féminine serait attentatoire à sa vie privée. En effet, cela révélerait aux tiers qu'elle est une personne transgenre et risquerait en outre de l'exposer à des discriminations.

Pour cette raison, il soutient que, dans notre affaire, Mme X... devrait pouvoir demander à l'officier de l'état civil de lui délivrer un extrait d'acte de naissance ou une copie du livret de famille la mentionnant comme mère.

Il estime, en toute hypothèse, qu'au regard des droits fondamentaux, la solution retenue par la cour d'appel de Montpellier méconnaît tant le principe d'intérêt supérieur de l'enfant que le droit au respect de la vie privée de celui-ci et de son « parent biologique ». Selon lui, l'enfant risque d'être stigmatisé par cette mention sur son acte de naissance, « *mention qui n'est partagée à l'heure actuelle par aucun autre enfant et qui est dès lors susceptible de jeter un doute sur la véracité de l'extrait ou de la copie d'acte de naissance présentée* ». Il ajoute que, pour dissiper le doute, cela le contraindra à révéler sa vie privée et l'histoire personnelle de « *sa père biologique* », « *ce qui semble bien constituer une violation disproportionnée de sa vie privée* ».

**L. Brunet et Ph. Reigné**<sup>36</sup>, estiment également que la solution, « *taillée sur mesure* », ne permet pas de concilier l'intérêt supérieur de l'enfant, son droit au respect de la vie privée et celui de la mère transidentitaire : « *Qui ne voit, en effet, que l'on cherche à dissimuler, derrière le « parent biologique », une personne transidentitaire, sauf à*

---

<sup>36</sup> « De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire », *JCP G*, 4 février 2019, 91

*désexuer complètement les modes d'établissement de la filiation, ce qui n'était pas demandé à la cour ? Le procédé est très hypocrite et n'évitera pas les discriminations. Quels seront les « parents biologiques » hors les personnes transidentitaires ? La mention est transparente. Est-ce bien là l'« intérêt supérieur de l'enfant » ? ».*

*Ils ajoutent que « la notion de « parent biologique » n'existe pas en droit français ; aucune rubrique de l'état civil n'y correspond et l'officier d'état civil n'a pas l'obligation ni les moyens, au moment où il rédige l'acte de naissance, de vérifier que la filiation de l'enfant à l'égard de ceux qui sont désignés comme père et mère est ou non de nature « biologique », encore moins d'en faire mention. La personne transidentitaire devra probablement s'engager dans un long contentieux afin d'établir le lien de filiation à son égard. La solution est à la fois discriminatoire en droit et inadaptée en pratique... ».*

*Selon eux, la cour d'appel aurait dû s'en tenir à la seule reconnaissance de maternité invoquée par la requérante : « L'occasion lui était fournie de montrer que les fondements de la maternité s'étaient diversifiés et que celle-ci ne pouvait plus seulement être adossée à l'accouchement ».*

*Après avoir relevé que la maternité était devenue incertaine (avec le recours à la gestation pour autrui notamment), ils concluent en ces termes : « Le temps n'est-il pas venu de ne plus réduire la maternité à une « essence », enfermée dans la gestation et l'accouchement, mais de la rattacher à une « fonction », entretenir un enfant que l'on s'est engagé à faire naître ? N'est-ce pas au demeurant ainsi que la paternité est conçue en droit ? On ne peut que regretter que l'audace dont a fait preuve la cour d'appel de Montpellier, en refusant que la maternité de l'épouse transgenre soit déformée en une paternité biologique ou occultée sous un lien d'adoption, ne l'ait pas conduite à innover davantage... ».*

**G. Kessler**<sup>37</sup> se demande s'il ne faudrait pas s'attacher à la notion de « parent » sans précision de genre ni de distinction selon les conditions de naissance de l'enfant.

*Il constate qu'« une première brèche a été ouverte suite à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui a rompu avec le modèle pseudo-procréatif de filiation. Une seconde le sera rapidement si la Cour européenne des droits de l'homme répond positivement à la demande d'avis consultatif récemment adressée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (5 oct. 2018, n° 10-19.053) en estimant que le refus de transcription de l'acte de naissance de l'enfant issu de GPA faisant de la mère d'intention la mère légale de l'enfant est contraire à l'art. 8 de la Convention. Cette évolution a déjà largement été anticipée à l'étranger. Aux Pays-Bas comme au Canada, des présomptions de parentalité sont ainsi posées en faveur de l'épouse de la mère biologique ayant eu recours à une PMA. La Californie retient de son côté une*

---

<sup>37</sup> « La déssexualisation de la parenté - cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018 », *AJ fam.* 2018. 684.

*conception neutre de la parenté, sans considération de genre, tandis que l'Ontario va jusqu'à consacrer le principe d'une parenté sans sexualité. Dans tous ces pays, la parenté est fondée sur l'engagement et la réalité de la relation affective et n'est plus conditionnée par la biologie. Il est donc tout à fait possible que deux personnes de même sexe soient indiquées à l'état civil en dehors du contexte spécifique de l'adoption : l'enfant peut avoir deux pères ou deux mères sans que cela ne pose de difficultés pratiques ».*

Selon lui, « *cette approche globale est sans doute préférable à la pratique française qui consiste à permettre aux juges, de manière ponctuelle, de rendre des décisions contra legem. La multiplication des solutions dérogatoires finit par rendre le droit de la filiation illisible et imprévisible* ».

Pour **J.-R. Binet**<sup>38</sup>, les règles de droit commun de la filiation ne permettent pas d'envisager la création d'un second lien de filiation maternelle dès lors qu'il s'agit d'une hypothèse de filiation charnelle régie par les dispositions du Titre VII du Livre Ier du code civil : « *Celles-ci, en effet, sont fondées sur la vérité ou la vraisemblance de la filiation et sont, par voie de conséquence, inapplicables pour constituer un double lien de filiation unisexuée* ».

Il soutient également que la présomption de paternité de l'article 312 du code civil ne peut être appliquée à l'égard de l'épouse en application de l'article 6-1 dudit code.

Il rappelle que, dans un couple marié de deux femmes, si l'une met au monde un enfant, notamment par suite d'une insémination réalisée à l'étranger, l'autre ne se voit pas reconnaître de lien de filiation charnelle et doit, si elle souhaite créer un lien juridique à l'égard de l'enfant, en demander l'adoption.

L'innovation de la cour d'appel de Montpellier excéderait, selon lui, les pouvoirs du juge.

**V.-O. Dervieux**<sup>39</sup> se demande si Mme X... n'a pas, par son comportement et ses choix, induit elle-même une réassignation vers son sexe d'origine, de sorte qu'elle devrait, comme l'avait décidé le tribunal de grande instance, en assumer les conséquences via l'établissement d'une filiation paternelle.

Elle s'interroge également sur la prise en compte effective de l'intérêt supérieur de l'enfant par ses parents et se demande si la demanderesse et son épouse n'entendent pas « *instrumentaliser le droit via une démarche structurée : une assignation sexuelle*

---

<sup>38</sup> « Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères ! », *Dr. fam.* 2018. Repère 11.

<sup>39</sup> *D. actu.* 28 nov. 2018

*alternante, des démarches de reconnaissance anticipée, le contournement de la présomption de paternité, le refus de consentir à adoption, etc ».*

**H. Fulchiron**<sup>40</sup> envisage quatre pistes de solutions.

La première consisterait à prendre acte du changement de sexe et à traiter la filiation en conséquence : *« on est père ou mère selon le sexe que l'on a à l'état civil »*. Cet alignement de la parenté sur le sexe juridique remettrait en cause le principe selon lequel hors adoption un enfant ne peut avoir deux parents de même sexe. Mais, s'interroge-t-il, *« face à la complexité des situations liées à l'assistance médicale à la procréation et, aujourd'hui, aux phénomènes de trans-identité, cette position est-elle encore tenable ? »*

La deuxième solution passerait à l'inverse par la déconnexion du sexe juridique et de la parenté, ce qui reviendrait à assigner à chacun la filiation qui découle de son sexe d'origine. *« Il faudrait donc admettre que juridiquement un homme puisse être la « mère » et une femme le « père » d'un enfant. Tel est aujourd'hui le cas lorsqu'un homme, déjà père, obtient son changement de sexe : il reste juridiquement le « père » de ses enfants (en l'espèce, le demandeur demeurerait le père de ses deux premiers enfants tout en souhaitant être la « mère » du troisième). Certes, ce n'est pas forcément ce que souhaitent les intéressés. Mais faut-il lier la filiation au seul désir des parents ? »*

Pour sortir de l'alternative, il imagine une troisième solution consistant à supprimer toute référence légale à la qualité de « père » et de « mère ». Juridiquement, il n'y aurait plus que des « parents », peu important leur sexe.

La quatrième solution, envisagée avec un point d'interrogation, consisterait à donner toute liberté aux intéressés pour se déclarer « père » ou « mère » de l'enfant.

Il estime en définitive la décision critiquable en ce qu'elle invente un nouveau mode d'établissement de la filiation, qu'il n'appartient pas au juge de créer, et en ce qu'elle se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit être manié avec prudence en la matière : *« dans le cas d'un enfant né d'un parent qui a obtenu son changement de sexe, le droit de l'enfant au respect de son identité exige, comme le souligne la cour de Montpellier, que sa filiation soit établie ; c'est également ce que commande l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais le droit de l'enfant au respect de son identité et l'intérêt supérieur de l'enfant postulent-ils que la filiation établie corresponde au « genre » choisi par son parent, si du moins ce parent le souhaite... et si un nouveau changement de sexe (car qui dit que le changement de sexe doit être irréversible ?) ne survient pas ? Rien n'est moins certain. Que l'on reconnaisse une certaine liberté à l'individu*

---

<sup>40</sup> « Homme-mère, femme-père... », *Dr. famille* n° 1, janvier 2019, comm. 6

*vis-à-vis de son appartenance à un genre est une chose ; que l'on prolonge cette liberté en matière de filiation en est une autre. On peut faire ce choix, mais que l'on n'invoque pas les droits de l'enfant et que l'on reste prudent lorsque l'on met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant ».*

#### **4.5 - Le droit au respect de la vie privée et à l'absence de discrimination - les articles 8 et 14 de la Convention EDH.**

##### **4.5.1 - L'article 8 de la Convention EDH et le droit à l'autodétermination sexuelle**

La Cour EDH a consacré, à travers sa jurisprudence relative à la transidentité, l'importance de l'autodétermination sexuelle.

Elle a ainsi admis que « *l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8* » et reconnu « *l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de la personne* » (CEDH, arrêt du 12 septembre 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, §§ 69, 71).

Elle a également considéré que « *sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* » (CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 90).

Elle a également consacré « *la liberté pour le requérant de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* » (CEDH, arrêt du 10 mars 2015, n° 14793/08, *YY c. Turquie*, § 102)<sup>41</sup>.

Elle ne semble toutefois pas s'être, à ce jour, prononcée sur la question posée par le présent pourvoi, de la filiation d'un enfant né après un changement de la mention du sexe à l'état civil, étant précisé qu'une requête contre l'Allemagne est pendante à la suite de la décision précitée du 6 septembre 2017<sup>42</sup>.

On sait par ailleurs que le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour EDH varie en fonction de plusieurs facteurs, dont la nature du droit en cause, le but de l'ingérence et l'existence ou non d'un « *consensus au sein des Etats membres du Conseil de*

---

<sup>41</sup> cf. également, le rapport précité relatif à l'arrêt 1<sup>er</sup> Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, Bull. 2017, I, n° 101.

<sup>42</sup> V. *infra* n° 4.6.2.

*l'Europe » : « l'étendue de cette marge [d'appréciation] est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention et son importance pour la personne concernée, ainsi que la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci. La marge d'appréciation est d'autant plus restreinte que le droit en cause est important pour garantir à l'individu la jouissance effective des droits fondamentaux ou d'ordre « intime » qui lui sont reconnus. Ainsi, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge d'appréciation laissée à l'État est plus restreinte. En revanche, elle est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe » (CEDH, arrêt du 10 mars 2015, n° 14793/08, YY c. Turquie, § 102).*

Comme l'explique F. Sudre<sup>43</sup>, le « consensus », ou « dénominateur commun », est - avec la nature du droit ou des activités en jeu et le but de l'ingérence - « un des critères du contrôle de proportionnalité que pratique la Cour et, partant, de l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État dans la balance des intérêts - intérêt général et intérêts de l'individu, ou intérêts privés concurrents - qu'il effectue [...]. L'interprétation consensuelle implique que la présence de principes juridiques communs réduit la marge d'appréciation de l'État et qu'inversement, l'absence d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques nationaux laisse à l'État partie une « grande » ou une « large » marge d'appréciation quant à la nécessité de la mesure restrictive ».

Au cas présent, la marge d'appréciation dont disposent les autorités françaises dépend donc à la fois de l'importance du droit à l'autodétermination sexuelle dans la jurisprudence européenne - ainsi que des enjeux d'ordre intime que pose le pourvoi - et de l'existence ou non d'un consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur ces questions.

#### **4.5.2 - L'article 8 de la Convention et le droit à l'établissement de son ascendance et de sa descendance**

La Cour EDH reconnaît un droit à la connaissance de ses origines et rappelle que les personnes ont un « *intérêt vital, protégé par la Convention* », à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de leur identité personnelle, par exemple l'identité de leurs géniteurs (CEDH, arrêt du 13 février 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98 ; arrêt du 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, n° 53176/99 ; arrêt du 13 juillet 2006, *Jäggi c/ Suisse*, n° 58757/00, §§ 37 et 38).

Au-delà du droit à la connaissance des origines, elle reconnaît un droit à l'établissement de sa descendance ou de son ascendance (CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, *Kroon c. Pays Bas*, n° 18535/91 ; arrêt du 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*,

---

<sup>43</sup> F. Sudre, « La mystification du « consensus » européen », *JCP* n° 50, 7 décembre 2015, p. 2293.

n° 55339/00 ; arrêt du 20 juin 1999, *Nylund c. Finlande*, n° 27110/95 ; arrêt du 20 décembre 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02)<sup>44</sup>.

A ce titre, elle accorde, on le sait, une place importante à la dimension biologique de la filiation, comme « *élément de l'identité de chacun* » (CEDH, arrêt du 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08 ; arrêt du 25 février 2014, *Ostace c. Roumanie*, n° 12547/06 ; arrêt du 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, n° 30955/12 ; arrêt du 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 : « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature* » (§100).

Ainsi, la Cour a jugé à plusieurs reprises que l'impossibilité de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'était pas compatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États.

Cependant, ce droit à l'établissement de son ascendance ou de sa descendance n'est pas absolu. Ainsi, en cas de conflit entre la recherche de l'établissement d'une filiation biologique et des intérêts concurrents, les juges nationaux doivent procéder à une mise en balance des intérêts en présence : intérêt de l'enfant, intérêt du père ou de la mère légale, intérêt du père prétendu, intérêt de la société (tel que la protection de la sécurité juridique : CEDH, arrêt du 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, § 60).

Parmi ces intérêts concurrents, l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial et il peut parfois conduire à maintenir le lien de filiation légalement établi indépendamment de la réalité biologique : « *pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (V., par exemple, CEDH, arrêt du 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, n° 53176/99, § 65 ; arrêt du 18 février 2014, *A. L. c/ Pologne*, n° 28609/08 ; arrêt du 26 juillet 2018, *Fröhlich c/ Allemagne*, n° 16112/15).

On constate cependant que l'ensemble des arrêts précités de la Cour de Strasbourg concernent des hypothèses de conflits de filiation ou, en matière de gestation pour autrui, de reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger, toutes situations très différentes de celle qui nous est aujourd'hui soumise.

Au regard des exigences européennes se posent plusieurs questions :

---

<sup>44</sup> V. H. Fulchiron, « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la Cour EDH », Actes du colloque « Les fondements de la filiation », ss dir. A. Dionisi-Peyrusse, L. Mauger-Vielpeau, Institut universitaire Varenne, 2017.

- la personne transgenre homme devenue femme, ayant procréé avec son appareil reproductif masculin, doit-elle voir le lien de filiation avec l'enfant établi ?

- dans l'affirmative, le droit au respect de sa vie privée commande-t-il qu'elle soit désignée comme « parent biologique » (solution retenue par la cour d'appel) ou comme mère (solution revendiquée par la demanderesse au pourvoi) ?

- l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de sa vie privée et familiale imposent-ils l'établissement d'un lien de filiation avec l'épouse de sa mère, personne transgenre homme devenue femme, qui l'a conçu ?

- dans l'affirmative, ce lien de filiation doit-il être de nature paternelle, (conformément à sa filiation charnelle), ou de nature maternelle (conformément à l'identité de la personne transgenre homme-femme l'ayant conçu), ou encore de nature « neutre » (notion de « parent biologique) ?

- l'une ou l'autre des solutions conduit-elle à porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant et à son intérêt supérieur ?

On relèvera sur ce point que, pour les enfants nés avant le changement de sexe, le législateur de 2016 a fait le choix d'une dissociation entre le sexe du parent sur les actes de naissance et l'identité de genre de celui-ci à l'état civil puisque la modification est sans incidence sur la filiation (ainsi, au cas présent, les aînés de Mme X... ont un acte de naissance la désignant comme père).

#### **4.5.3 - L'article 14 de la Convention et le droit à l'absence de discrimination.**

Il résulte de la jurisprudence de la Cour EDH que l'article 14 ne fait que compléter les autres clauses de la Convention et de ses protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'ils garantissent : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune [...]* ».

Pour autant, l'application de l'article 14 de la Convention ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention : « *Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention* » (CEDH, arrêt du 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 58).

En l'espèce, l'article 8 de la Convention est applicable, de sorte que l'article 14 peut trouver à s'appliquer.

On sait également que, selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'examen de griefs pris de l'article 14 implique de répondre à deux questions : la première est de savoir s'il existe une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans

une situation semblable ou analogue ; la seconde est de savoir, le cas échéant, si cette différence de traitement est justifiée :

*Selon la jurisprudence de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables (D.H. et autres c. République tchèque [GC], n° 57325/00, § 175, CEDH 2007-IV). Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (CEDH, arrêt du 29 avril 2008, Burden c. Royaume-Uni [GC], n° 13378/05, § 60).*

En application de l'article 14, les discriminations fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle sont prohibées.

Il résulte également de la jurisprudence de la Cour EDH que les différences de traitement fondées sur le sexe ou sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (CEDH, arrêt du 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96 ; arrêt du 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, § 94 ; arrêt du 24 juillet 2003, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37 ; arrêt du 9 janvier 2003, *S. L. c. Autriche*, n° 45330/99, § 36 ; arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 97).

#### **4.6 - Les éléments de droit comparé**

##### **4.6.1 - Les dispositions relatives au changement de la mention du sexe à l'état civil et à la filiation**

Les éléments qui suivent sont extraits du rapport final de recherche « Etat civil de demain et transidentité » réalisée en mai 2018 sous la direction de Laurence Héroult, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice.

Ce rapport contient une étude de droit comparé, dont les principaux éléments relatifs à la filiation des enfants nés après le changement de la mention du sexe à l'état civil sont ici reproduits.

##### **- Le droit néerlandais<sup>45</sup> :**

Depuis 2014, le changement de la mention du sexe à l'état civil a été démedicalisé et déjudiciarisé. Cette démedicalisation s'est accompagnée d'une modification à la marge

---

<sup>45</sup> cf. rapport précité p. 51.

des règles du droit de la filiation, de manière à régler la situation des personnes ayant changé de sexe, sans perdre pour autant leur capacité à enfanter. Il en résulte les éléments suivants :

→ Si une personne donne naissance à un enfant après avoir changé de sexe, elle est considérée, au regard du droit de la filiation, comme appartenant au sexe qu'elle avait antérieurement au changement de sexe (sexe féminin s'agissant d'un accouchement).

→ Cette exception n'a en revanche pas été étendue aux personnes qui auraient conçu un enfant avec leur sperme mais qui, au moment de la naissance de cet enfant, seraient devenues de sexe féminin. Plutôt que d'indiquer que cette personne serait considérée, au regard du droit de la filiation, comme appartenant à son sexe d'origine, ce qui aurait conduit à dire de cette personne qu'elle était le père de l'enfant, le législateur néerlandais a ici préféré conserver l'unité de sexe de cette personne. Cependant, pour permettre à cette personne devenue femme d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant, le législateur lui a ouvert la voie de l'adoption. Une telle solution résulte de ce qu'en droit néerlandais, la reconnaissance d'enfant n'est ouverte qu'à la mère ayant accouché. **Dans l'hypothèse considérée, la personne de sexe féminin n'a pas mis au monde l'enfant, de sorte que le seul moyen pour elle d'établir sa filiation est d'adopter l'enfant.**

#### - Le droit allemand<sup>46</sup> :

Le changement de la mention du sexe pour les personnes transgenres est subordonné à une condition de délai (trois ans) et nécessite une procédure judiciaire au cours de laquelle des experts doivent attester que le requérant appartient à l'autre sexe. Depuis 2011, la condition de stérilisation ou de chirurgie préalable n'est plus exigée. Le changement opère pour l'avenir mais ne concerne pas le droit de la filiation<sup>47</sup>.

#### - Le droit maltais<sup>48</sup> :

Concernant le changement de la mention du sexe, le droit maltais est démedicalisé et déjudiciarisé. La question de la filiation n'est pas traitée mais il est précisé que les droits acquis ne sont pas affectés, en particulier s'agissant des liens de parenté.

#### - Le droit belge<sup>49</sup> :

---

<sup>46</sup> cf. rapport précité, p. 52 et s.

<sup>47</sup> Pour l'analyse des décisions du 6 septembre et du 29 novembre 2017, V. *infra*.

<sup>48</sup> cf. rapport précité, p. 67, 68.

<sup>49</sup> cf. rapport précité, p. 80 et s.

Il résulte de la loi du 25 juin 2017 que la filiation des enfants nés avant le changement de l'enregistrement du sexe dans l'acte de naissance de leur auteur demeure inchangée (art. 62bis/1, paragraphe 1 nouveau du code civil). Cette règle se fonde sur l'objectif de garantir la stabilité de la filiation des enfants de la personne transgenre et sur le caractère non rétroactif de la modification de l'acte de naissance de celle-ci.

Pour les enfants de la personne transgenre nés après la modification de l'acte de naissance, différentes hypothèses peuvent être retenues.

→ La première est celle de l'enfant né d'un homme transgenre (né femme) qui accouche. En ce cas, les règles de la filiation maternelle sont applicables : la filiation maternelle est fondée sur l'accouchement (article 312 du code civil) et ce principe – « mater semper certa est » –, ne peut être modifié sans bouleverser l'ensemble du droit de la filiation (article 62 bis/1, paragraphe 2, alinéa 1 nouveau du code civil).

→ La seconde hypothèse est celle de la femme transgenre (née homme) qui conçoit, avec ses gamètes ou par procréation médicalement assistée, un enfant qui naît après la modification de l'acte de naissance de son auteur (article 62 bis/1, paragraphe 2, alinéa 2 du code civil). **En ce cas, les règles d'établissement et de contestation de la filiation paternelle sont applicables par analogie. Cette femme transgenre ne peut, en effet, être la mère de l'enfant dès lors qu'elle n'accouche pas et que l'enfant a déjà une mère, la femme qui aura accouché. Les règles de la co-maternité ne peuvent pas non plus être appliquées car elles se fondent sur un consentement à la procréation médicalement assistée.** Toutefois, comme cet auteur transgenre est déclaré femme au jour de la déclaration de naissance de son enfant, il ne sera pas mentionné comme père, mais comme co-parent (article 62bis/1, paragraphe 2, alinéa 3 du code civil).

#### **- Le droit canadien (québécois)<sup>50</sup> :**

La stérilité n'étant plus une condition pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil, la question de la filiation des enfants se pose également.

La loi prévoit l'absence de modification de la filiation établie avant le changement de sexe. Ainsi, le père restera le père de l'enfant malgré le changement de la mention du sexe de cette personne en femme.

**En revanche, la filiation à l'égard d'un enfant né ou adopté après le changement de la mention du sexe sera attribuée selon le nouveau sexe.** Ainsi, d'après l'étude et bien que la situation ne se soit pas encore présentée, cela pourrait impliquer qu'une personne dont la mention du sexe est « homme » puisse accoucher d'un enfant. Cette personne pourrait aussi se tourner vers l'adoption seule ou avec son conjoint ou sa

---

<sup>50</sup> cf. rapport précité, p. 90

conjointe, en ayant ou non recours à une convention de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui. La procréation assistée pourrait aussi être utilisée et, selon la composition du couple, hétérosexuel ou homosexuel, l'enfant pourrait avoir deux pères, deux mères ou un père et une mère.

#### **- Le droit australien :**

Le droit australien est, on le sait<sup>51</sup>, assez ouvert vis-à-vis des personnes ayant un sexe ou un genre indéterminé (personnes intersexes). Il est en revanche, selon l'étude, assez peu libéral, du moins du point de vue des États et Territoires, quant au changement de la mention du sexe, du fait de la pathologisation de celui-ci et de l'exigence du célibat.

Les effets sur la filiation ne sont donc pas traités.

#### **4.6.2 - Les décisions de la Cour fédérale de justice allemande (Bundesgerichtshof) des 6 septembre et 29 novembre 2017.**

**Dans une décision du 6 septembre 2017 (XII ZB 660/14)<sup>52</sup>**, la Cour fédérale de justice allemande a examiné la question de la filiation d'un enfant né d'une personne transgenre femme devenue homme qui avait donné naissance à un enfant.

Le sommaire de l'arrêt fait par la Cour est le suivant :

*a) Une personne transsexuelle de femme à homme qui a donné naissance à un enfant postérieurement à la décision exécutoire relative au changement de sexe est la mère de l'enfant au sens juridique.*

*b) Cette personne devra être inscrite aussi bien dans le registre de naissance de l'enfant que dans les actes de naissance établis sur le fondement du registre de naissance - dans la mesure où ceux-ci doivent comporter des informations relatives aux parents - en tant que « mère » avec ses prénoms féminins antérieurs.*

L'intéressé, né de sexe féminin, avait obtenu une modification de la mention du sexe à l'état civil par une décision de justice du 11 avril 2011. Le 18 mars 2013, il a donné naissance à un enfant, après avoir interrompu le traitement hormonal qu'il prenait, « ce qui a eu pour conséquence qu'il est redevenu fertile ». Saisi par le service de l'état civil, les juges du premier degré ont ordonné l'inscription de l'intéressé « en tant que

---

<sup>51</sup> cf. rapport relatif à l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, Bull. 2017, I, n° 101, p. 24 et s.

<sup>52</sup> *D. actu.* 16 oct. 2017, obs. G. Bouvaist.

*« mère » dans la déclaration de naissance de l'enfant, avec ses prénoms féminins « B.D. » qu'il portait avant la décision relative au changement de sexe ».*

Les recours formés par l'intéressé et l'enfant ont été rejetés par la juridiction de second degré et ils ont donc saisi la Cour fédérale de justice afin de faire inscrire le requérant comme « père » de l'enfant avec ses prénoms masculins dans le registre des naissances.

La Cour fédérale observe que les juges du second degré ont considéré que *« les enfants doivent être attribués sur le plan juridique à leurs parents biologiques, de manière à ce que leur filiation ne puisse pas être fondée sur deux mères ou deux pères, au sens juridique, ce qui serait en contradiction avec leur conception biologique ».*

Elle approuve ce raisonnement : *« la juridiction saisie du recours a constaté à juste titre que du point de vue du statut juridique, l'intéressé 1 est la mère de l'enfant concerné »* dès lors que, *« selon l'article 1591 BGB<sup>53</sup>, la femme qui a donné naissance à un enfant est sa mère »* et que *« l'intéressé 1 a mis au monde l'enfant »*

Elle ajoute que *« d'après l'article 11, 1<sup>ère</sup> phrase, de la loi TSG<sup>54</sup>, le statut du transsexuel en tant que père ou mère doit rester inchangé, notamment en ce qui concerne la recherche de paternité et l'action en contestation de paternité [...]. En référence au droit en matière de filiation, la loi vise ainsi à garantir d'une manière générale que le statut juridique de mère ou de père de l'enfant, qui est défini biologiquement par la naissance ou la conception, n'est pas susceptible de modification [...]. Cela concerne tous les enfants biologiques d'un transsexuel, indépendamment du fait qu'ils sont nés avant ou après la décision judiciaire relative au changement de sexe du parent. En effet, les enfants nés postérieurement à la décision judiciaire selon l'article 8, alinéa premier, de la loi TSG, ne doivent pas être privés de la possibilité de faire établir leur filiation, du fait d'une assignation de la maternité ou de la paternité juridiques dépourvue de fondements biologiques »* (§ 19).

Examinant la question sous l'angle constitutionnel, elle énonce que cette solution ne fait pas obstacle aux droits fondamentaux de l'intéressé tels qu'ils résultent de la « Loi fondamentale », pour les raisons suivantes :

*1. Ne fait pas obstacle aux droits fondamentaux de l'intéressé 1, le droit en vigueur en matière de filiation, qui lui attribue le statut juridique de « mère » de l'enfant concerné, indépendamment du fait qu'il est désormais considéré comme appartenant au sexe masculin. [...]*

---

<sup>53</sup> code civil allemand.

<sup>54</sup> loi sur le transsexualisme (TSG) de 1980.

aa) Comme la large majorité des systèmes juridiques dans le monde, le droit allemand en matière de filiation est fondé sur le fait qu'il établit un lien entre les fonctions de procréation des parents et leur sexe, en assignant à l'article 1591 BGB le rôle de la personne qui accouche à une femme (mère) et, à l'article 1592 BGB, le rôle du géniteur à un homme (père). Ce raisonnement ne donne pas lieu à des objections de principe d'ordre constitutionnel. En particulier, il ne découle pas de la Loi fondamentale une obligation à créer un droit de filiation « neutre au regard du sexe », qui réduirait la paternité et la maternité à des rôles purement sociaux et supprimerait ces deux statuts en tant que catégories juridiques. [...]

bb) La mère est la personne qui a donné naissance à l'enfant, et le père est la personne dont on peut supposer, dans le cadre d'une approche typifiante, sur le fondement des relations sociales avec la mère, ou pour laquelle il est avéré par une décision judiciaire, qu'il s'agit du géniteur de l'enfant. Avec cette attribution, la loi répond à l'exigence qui est dérivée, en termes de droit constitutionnel, de l'article 6, alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase, GG et qui impose d'attribuer le statut juridique de parent toujours en fonction de la filiation biologique de l'enfant et d'aboutir ainsi dans la mesure du possible à une concordance entre la parenté biologique et la parentalité juridique [...]. Comme l'a déjà formulé expressément la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht), le législateur agit dans un souci légitime lorsqu'il cherche à attribuer les enfants à leurs parents biologiques, y compris sur le plan juridique, de manière à ce que leur filiation ne soit pas établie par rapport à deux mères ou deux pères juridiques, ce qui serait en contradiction avec leur conception biologique.

(1) L'attribution d'un statut juridique sans lien avec les fonctions de procréation biologique aurait des conséquences très importantes pour la cohérence de l'ordre juridique, parce que la maternité et la paternité, en tant que catégories juridiques, ne sont pas interchangeable et se distinguent aussi bien de par les conditions préalables à leur justification que par les conséquences juridiques qui en découlent. Sur la base de la législation en vigueur, un transsexuel de femme à homme ne peut pas être considéré comme le père d'un enfant qu'il a lui-même mis au monde [...], parce que son lien génétique avec l'enfant est établi non pas par l'apport du spermatozoïde mais – dans la mesure où il ne s'agit pas d'un don d'ovule (interdit en Allemagne) – par l'apport de l'ovule. [...]

(2) Par ailleurs, une attribution différente porterait atteinte aux droits fondamentaux des enfants.

D'une part, se référant au droit de la personne, la Cour constitutionnelle fédérale accorde à l'enfant le droit de connaître son origine génétique. Ce droit n'implique certes pas celui d'exiger de fournir ces connaissances, mais il constitue une protection contre la rétention d'informations disponibles par les organismes de l'État [...]. Or, des informations essentielles relatives à sa filiation, figurant dans le registre des naissances, seraient refusées à l'enfant si le droit relatif au statut de la famille n'indiquait pas clairement ou s'il présentait seulement d'une manière qui serait en contradiction avec les faits biologiques, sur quelle fonction de procréation (naissance ou conception) il souhaite fonder le lien concret parent-enfant.

*D'autre part, le droit de l'enfant aux soins et à l'éducation par les deux parents, prévu par l'article 2, alinéa premier, GG (Loi fondamentale), en relation avec l'article 6, alinéa 2, 1<sup>ère</sup> phrase, GG, peut être affecté si un enfant, auquel d'abord un seul parent est attribué du point de vue juridique, n'a pas la possibilité d'obtenir, sur le plan du statut juridique, l'attribution à l'autre parent, lequel ne peut alors pas assumer la responsabilité parentale au sens juridique pour veiller au bien et à la protection de l'enfant. Cela s'applique à un lien parent-enfant visé par une adoption [...], et à plus forte raison à un lien qui doit être fondé sur la filiation biologique. Dans le cas où l'intéressé 1 serait désigné en tant que père légal de l'enfant, l'enfant ne pourrait obtenir l'établissement de sa filiation par rapport à son géniteur - le donneur de sperme ayant un lien social -, qui aurait des conséquences en termes de statut, qu'à la condition - intolérable - d'écarter auparavant, dans le cadre d'une contestation, la « paternité » concurrente de l'unique parent qui lui était jusqu'alors attribué.*

*cc) Enfin, il convient de prendre en considération que le lien établi avec la fonction de procréation biologique crée pour l'enfant une attribution stable, sur le plan juridique, à un père et à une mère. Cela ne serait pas le cas si le lien était établi avec le sexe assigné au parent concerné en matière d'état civil, en raison de la possibilité - pas seulement théorique - d'annuler à l'état civil la reconnaissance du sexe auquel il se sent appartenir (article 9, alinéa 3, et article 6, alinéa premier, de la loi TSG ; voir aussi BVerfG NJW 2011, 909, pt. 67). Comme l'a indiqué l'Amtsgericht<sup>55</sup>, dix personnes auraient fait usage de cette possibilité entre 2011 et 2013, dans la seule ville de Berlin.*

*b) De même, la disposition légale ne porte pas atteinte à l'article 3, alinéas 1 et 3, de la Loi fondamentale (GG). Contrairement à ce que prétend le recours, l'intéressé 1 ne subit pas de discrimination par rapport à d'autres hommes considérés comme tels sur le plan juridique. Le droit fondamental de l'égalité ne fait pas obstacle à la prise en compte juridique de différences biologiques obligatoires lors de l'attribution du lien parents-enfant en termes de droit de filiation (BVerfG FamRZ 2010, 1621, 1622 ; voir également la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 mai 2013 - 8017/11 - FamRZ 2014, 97, pt. 30 - B et G.B. c. Allemagne). Comme l'a déjà dit à juste titre la juridiction saisie du recours, l'intéressé 1 se distingue des autres personnes appartenant au sexe masculin sur le plan juridique, de par sa disposition biologique réelle permettant de concevoir et de donner naissance à des enfants. Cela justifie de le traiter, dans son statut par rapport à un enfant qu'il a lui-même mis au monde, d'une manière différente des autres hommes ne possédant pas cette capacité.*

Examinant ensuite la question sous l'angle des droits fondamentaux issus de la Convention EDH, la Cour fédérale allemande retient « qu'il n'y a pas violation du droit conventionnel » pour les raisons suivantes :

*Dans la mesure où il s'agit du droit, issu de l'article 8 CEDH, des personnes transsexuelles à la réalisation de la reconnaissance juridique de leur identité de genre autoperçue, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre des intérêts privés et publics contradictoires ou de régler des conflits entre des*

---

<sup>55</sup> juridiction de premier degré.

*droits divergents protégés par la convention (voir par exemple le jugement de la CEDH du 6 avril 2017 - 79885/12, 52471/12 et 52596/13 - Note d'information CEDH 2017, 150, pt. 121 - G. et N. c. France). L'Allemagne n'a pas dépassé les limites de ce pouvoir d'appréciation lorsqu'elle a fondé l'attribution d'un enfant mis au monde ou conçu par une personne transsexuelle, après la modification juridique du sexe, soit en tant que « père » soit en tant que « mère », sur la fonction de procréation et non pas sur le sexe modifié du parent transsexuel, assigné sur le plan juridique. Il n'y a pas de traitement uniforme de cette question dans les pays européens (voir Scherpe/Dunne dans Scherpe : *The legal Status of Transsexual and Transgender Persons [Part IV : Conclusions]* p. 659). Les réglementations du droit allemand à cet égard tiennent compte de manière proportionnée de l'intérêt général dans la cohérence de l'ordre juridique national et du droit personnel de l'enfant à connaître ses origines (§ 45).*

Un recours contre cette décision est pendant devant la Cour EDH.

**Dans une décision du 29 novembre 2017** (XII ZB 459/16), la même Cour fédérale de justice a examiné une situation très proche de notre espèce et statué ainsi, « *dans la continuité de l'arrêt du 6 septembre 2017* » :

*a) Une personne transsexuelle d'homme à femme, avec le sperme de donneur conservé de laquelle a été conçu un enfant qui est né postérieurement à la décision exécutoire relative au changement de sexe, a la possibilité d'obtenir, en termes de droit de filiation, uniquement le statut de père et non pas le statut de mère (dans la continuité de l'arrêt de la chambre du 6 septembre 2017 – XII ZB 660/14-FamRZ 217, 1855).*

*b) Une reconnaissance de maternité établie par cette personne en dépit de ces dispositions est sans effet.*

La décision résume ainsi les faits de l'espèce : « *L'enfant a été mis au monde en juin 2015 par l'intéressée 2. L'intéressée 1 est une personne transsexuelle d'homme à femme, de nationalité allemande. Selon ses dires, qui n'ont pas fait l'objet d'une vérification par les instances précédentes, l'enfant a été conçu avec son sperme. La décision constatant son appartenance au sexe féminin est exécutoire depuis août 2012. Dans un acte notarié de son représentant en deuxième instance, elle a procédé, avec l'accord de l'intéressée 2, à une reconnaissance prénatale de la maternité de l'enfant* ».

Les services de l'état civil ont enregistré la naissance de l'enfant en désignant l'intéressée 2 en tant que mère mais on refusé d'inscrire l'intéressée 1 également en tant que mère. La requête introduite par les intéressées 1 et 2 vise à ordonner au service de l'état civil d'inscrire l'intéressée 1 en tant que mère.

L'arrêt se fonde, notamment, sur les considérations suivantes :

- « *La juridiction saisie des recours a motivé sa décision par le fait que l'intéressée 1 n'est pas la mère de l'enfant au sens de l'article 1591 BGB (code civil*

*allemand) parce qu'elle ne l'a pas mis au monde. Le droit allemand qui s'applique ne prévoit pas de reconnaissance de la maternité » ;*

*- « il n'y a pas faille juridique si la femme qui est à l'origine de la reconnaissance a participé, avant ou après la constatation de son appartenance au sexe féminin par une juridiction, à la conception de l'enfant, en tant que donneur de sperme et donc en tant que père sur le plan biologique » ;*

*- « Conformément à l'article 1591 BGB, la mère est la personne qui a donné naissance à l'enfant. Le droit civil allemand connaît uniquement l'attribution d'une seule mère en vertu de la loi. Ainsi, le législateur a exclu délibérément d'autres formes possibles de l'attribution du lien mère-enfant en termes de filiation [...]. Le droit en vigueur ne prévoit pas la reconnaissance de maternité. De même, le droit allemand ne prévoit pas d'autres formes d'un statut de parents de deux femmes, fondé sur la filiation, par exemple la maternité conjointe ou la co-maternité, dans le cas d'une insémination hétérologue consentie » ;*

*- « Par conséquent, compte tenu de la contribution de l'intéressée 1 à la procréation - que l'on peut présumer eu égard au droit des recours - par apport de sperme, seule l'attribution du statut de la paternité est envisageable » ;*

*- « Quant au droit, issu de l'article 8 CEDH, des personnes transsexuelles à la réalisation de la reconnaissance juridique de leur identité de genre autoperçue, la chambre a considéré qu'il n'y a pas violation de ce droit, en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et au large pouvoir d'appréciation reconnu par celle-ci aux États (voir également CEDH FamRZ 2017, 936). L'Allemagne n'a pas dépassé les limites de ce pouvoir d'appréciation lorsqu'elle a fondé l'attribution du lien avec un enfant mis au monde ou conçu par une personne transsexuelle, postérieurement à la modification juridique du sexe, soit en qualité de « père » soit en qualité de « mère », sur la fonction de procréation et non pas sur le sexe modifié du parent transsexuel, assigné sur le plan juridique (arrêt de la chambre du 6 septembre 2017 – XII ZB 660/14 – FamRZ 2017, 1855, pt. 45) ».*

#### **4.7 - L'analyse des moyens**

Le **moyen du procureur général**, en une branche unique, pris d'un grief de violation de l'article 57 du code civil, soutient que selon ce texte, l'acte de naissance d'un enfant mentionne ses seuls « père et mère », de sorte qu'en créant par voie prétorienne une nouvelle catégorie non sexuée de « parent biologique », la cour d'appel de Montpellier l'aurait violé.

La **première branche du moyen de Mme X...** critique également l'arrêt attaqué en ce qu'il a reconnu une nouvelle catégorie juridique à l'état civil.

Prise d'un grief de violation de l'article 34 de la Constitution, cette branche soutient que la loi fixe les règles concernant l'état des personnes et qu'il n'appartient pas au juge de créer de nouvelles catégories juridiques de personnes. Elle ajoute que les dispositions du code civil relatives à la filiation ne font référence qu'au père et à la mère, pour établir une filiation, à l'exclusion de toute mention d'une catégorie « neutre » intitulée « parent biologique ». Dès lors, en créant une catégorie de « parent biologique », la cour d'appel aurait excédé ses pouvoirs.

Au soutien de cette branche, Mme X... fait valoir, dans son mémoire ampliatif, qu'il n'appartient pas au juge de pallier les éventuels vides juridiques laissés par le législateur en créant une nouvelle catégorie non prévue par ce dernier. Elle rappelle l'arrêt de notre chambre du 4 mai 2017 précité relatif à la mention « sexe neutre » à l'état civil et soutient que la même solution doit prévaloir en matière de filiation.

Elle rappelle que seules les mentions « père », « mère » et « parents » figurent dans la loi, à l'exclusion de la mention « parent biologique ».

La **deuxième branche**, prise d'un grief de violation des articles 34 de la Constitution, 8 et 14 de la Convention EDH et 3, § 1, et 7 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, soutient que la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin et que, dès lors, ne peut figurer, sur un acte de l'état civil, le lien de filiation d'un enfant avec un « parent biologique », neutre, sans précision de sa qualité de père ou de mère. Elle ajoute qu'il se déduit des constatations de la cour d'appel relatives à la nécessité, pour l'enfant, de reconnaître la filiation biologique avec Mme X... et à l'impossibilité de faire figurer sur l'acte de naissance de l'enfant une filiation paternelle, que seule la mention de Mme X... en qualité de mère était de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée des intéressées. En jugeant le contraire, aux motifs inopérants et erronés qu'une telle filiation « *aurait pour effet de nier à D... la filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle* », la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

Au soutien de cette branche, Mme X... fait valoir que, dès lors que l'établissement d'un lien de filiation par la référence à un « parent biologique », neutre et sans précision de sa qualité de père ou de mère, était impossible, la cour d'appel aurait dû accéder à sa demande et transcrire à l'état civil de sa fille la reconnaissance de maternité du [...] 2014.

Elle relève en ce sens que les juges du fond ont constaté :

- qu'il était de l'intérêt supérieur de D... Y... de voir reconnaître la réalité de sa filiation biologique avec elle, l'établissement d'une filiation par la voie de l'adoption n'étant pas possible ;

- que le droit au respect de sa vie privée excluait qu'il puisse lui être imposé un lien de filiation paternelle.

La **troisième branche**, prise d'un grief de manque de base légale au regard de l'article 8 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que le terme de « parent biologique » était de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir la réalité de sa filiation biologique avec le droit de Mme X... de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant et le droit au respect de sa vie privée, sans expliquer en quoi une telle mention dans le livret de famille ne serait pas l'occasion d'une révélation de la transidentité de Mme X..., l'existence de la mention « parent biologique » n'existant pas en droit français et, en conséquence, sans rechercher quelles seraient les conséquences pratiques provoquées par la mention d'un « parent biologique » sur l'acte de naissance de D... Y... au regard du droit au respect de la vie privée.

Il est soutenu, dans le mémoire ampliatif :

- que dans le cas d'une personne ayant changé de sexe à l'état civil, le droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8, implique que cette information ne puisse être connue des tiers ;

- qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté qu'imposer à Mme X... un lien de filiation paternelle constituerait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et de celle de son enfant ; que la mention d'une filiation paternelle sur les registres de l'état civil révélerait la transidentité de Mme X... et constituerait une atteinte lourde au droit au respect de sa vie privée ;

- que, pour cette raison, la cour d'appel a écarté la possibilité, pour établir un lien de filiation entre Mme X... et D... Z..., de faire jouer la présomption de paternité et a refusé d'inscrire Mme X... comme le père de l'enfant sur les registres d'état civil ;

- mais que la cour d'appel n'a pas expliqué en quoi la mention de « parent biologique » serait de nature à préserver le droit au respect de la vie privée de Mme X... et de son enfant et serait de nature à les préserver du risque de discriminations ;

- qu'au contraire même, la solution retenue par la cour – outre le fait qu'elle relève d'un excès de pouvoir et est contraire au principe d'interdiction du sexe neutre posé par la Cour de cassation – n'est pas de nature à préserver le droit au respect à la vie privée de Mme X... et de sa fille dès lors que la transidentité de Mme X... sera connue des tiers par la mention « parent biologique » de la même façon que s'il était mentionné le terme de « père ».

La **quatrième branche** du moyen, prise d'un grief de manque de base légale au regard des articles 3, §, 1 et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que l'intérêt de l'enfant D... était de voir reconnaître

avec Mme X... un lien de filiation non sexué, aux motifs que l'établissement d'un lien de filiation maternelle aurait pour effet de lui nier toute filiation paternelle et de brouiller la réalité de la filiation maternelle, sans rechercher, comme elle y était invitée, si à l'inverse, le fait d'établir une filiation non maternelle avec Mme X... n'était pas susceptible d'entraîner, pour l'enfant, des conséquences négatives.

Il est soutenu, dans le mémoire ampliatif, qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais également de celle de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui, que la filiation biologique doit prévaloir et être établie lorsqu'elle n'est pas contestée.

En l'espèce, Mme X... faisait notamment valoir que l'intérêt de l'enfant impliquait que la filiation mentionnée sur son acte de naissance soit conforme à l'identité sexuelle de Mme X..., en raison principalement des réactions négatives que pourrait provoquer la mention d'une filiation non maternelle.

Pour rejeter la demande de Mme X..., la cour d'appel a considéré qu'il était de l'intérêt de l'enfant d'établir un lien de filiation mais a estimé qu'il était de son intérêt que cette filiation ne soit pas maternelle, dans la mesure où une déclaration comme mère non gestatrice « *aurait pour effet de nier à D... toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle* ».

Selon le moyen, en statuant ainsi, sans rechercher si le fait d'établir une filiation non maternelle avec Mme X... n'était pas susceptible d'entraîner, pour l'enfant, des conséquences négatives, la cour d'appel aurait privé sa décision de base légale.

La **cinquième branche** du moyen, prise d'un grief de violation de l'article 14 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé de faire produire effet à la reconnaissance prénatale de maternité établie par Mme X..., alors qu'une personne née femme ayant accouché d'un enfant peut faire reconnaître le lien de filiation maternelle qui l'unit à son enfant biologique, créant ainsi entre les femmes ayant accouché de l'enfant et les autres mères génétiques une différence de traitement qui ne pourrait être considérée comme justifiée et proportionnée aux objectifs poursuivis, peu important que cela conduise à l'établissement d'un double lien de filiation maternelle biologique.

La **sixième branche**, prise du même grief, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé à Mme X... l'établissement d'un lien de filiation maternelle avec son enfant biologique, par des motifs inopérants tenant notamment au fait qu'elle était de même sexe que la mère biologique de l'enfant avec lequel un lien de filiation maternelle était déjà établi et que la loi nationale ne permettrait pas l'établissement d'une double filiation maternelle, créant ainsi une différence de traitement non justifiée entre les personnes pouvant adopter l'enfant de leur conjoint et les personnes liées biologiquement à un enfant.

**La septième branche**, prise d'un grief de violation des articles 8 et 14 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel, en refusant de reconnaître l'existence d'un lien de filiation maternelle entre Mme X... et l'enfant D... Z..., d'avoir refusé d'accueillir sa demande en raison de sa transidentité.

Il est soutenu, dans ces trois branches, que la solution retenue par l'arrêt attaqué procède de plusieurs discriminations à l'égard de Mme X... en raison de sa transidentité.

En premier lieu, la solution retenue créerait une différence de traitement entre Mme X... et une mère ayant accouché, laquelle peut établir le lien de filiation avec l'enfant, différence qui ne pourrait être justifiée par le seul fait de l'accouchement.

En deuxième lieu, il n'existerait aucune raison objective permettant de justifier une différence de traitement entre les enfants unis par un lien biologique avec un parent transgenre et ceux qui sont unis par un lien biologique avec un parent qui n'est pas transgenre. Or, les enfants dont la réalité du lien biologique avec leurs parents n'est pas contestée peuvent établir une filiation par la voie de la reconnaissance paternelle ou maternelle. Une personne ayant changé de sexe et dont la réalité du lien biologique avec son enfant n'est pas contestée devrait donc également voir son lien de filiation établi par la voie de la reconnaissance paternelle ou maternelle.

En troisième lieu, il est reproché à la cour d'appel d'avoir en réalité refusé à Mme X... l'établissement d'un lien de filiation maternelle en raison de sa transidentité.

La **huitième branche**, subsidiaire, prise d'un grief de violation des articles 3, § 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant et 8 de la Convention EDH, reproche à la cour d'appel d'avoir refusé d'accueillir la demande alors qu'un lien de filiation maternelle peut être établi à l'égard d'une mère d'intention et qu'en l'espèce, outre le lien biologique existant entre Mme X... et D... Z..., il n'était pas contesté que Mme X... s'était toujours comportée comme une mère d'intention pour l'enfant.

Le mémoire ampliatif fait ici référence à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui et soutient qu'il résulte de l'avis de la Cour EDH du 10 avril 2019 que l'intérêt supérieur de l'enfant commande la reconnaissance du lien de filiation avec sa mère d'intention, même en présence d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

Au cas présent, Mme X... s'étant occupée de D... Y... depuis sa naissance et s'étant toujours comportée comme sa mère, il est soutenu qu'à supposer que la réalité du lien biologique ne soit pas considérée comme suffisante, la filiation d'intention devrait être établie.

On observera sur ce point que la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui (en dernier lieu, Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053,

publié et 1<sup>re</sup> Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-11.815 et pourvoi n° 18-12.327, publiés) est peu transposable dès lors que le présent dossier ne concerne pas la transcription d'un acte de naissance étranger établi conformément à la loi étrangère applicable ou la reconnaissance d'une situation établie à l'étranger<sup>56</sup> mais l'établissement d'un lien de filiation en France, selon le droit interne.

Dès lors, la question posée n'est pas celle de la reconnaissance d'une « maternité d'intention » établie selon la loi étrangère, dans des conditions que la loi française prohibe, mais la création d'un lien de filiation selon les conditions posées par notre loi (et sous l'angle, bien sûr, des droits fondamentaux issus de la Convention EDH et de l'intérêt supérieur de l'enfant)<sup>57</sup>.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments qu'il conviendra de statuer sur les mérites du pourvoi.

### **Observations complémentaires :**

- Mme X... demande une cassation sans renvoi de l'arrêt attaqué et une transcription, sur les registres de l'état civil, de sa reconnaissance de maternité à l'égard de l'enfant D... Y....

- Elle demande à la Cour cassation, pour le cas où elle ne s'estimerait pas en mesure de trancher le litige, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour avis.

- Dans ses deux mémoires en défense, l'administrateur *ad hoc* désigné pour la mineure demande à la Cour de statuer ce que de droit sur les mérites du pourvoi, précisant qu'il considère de l'intérêt de l'enfant de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec chacun de ses deux parents biologiques mais s'en rapporte à la sagesse de la Cour pour apprécier, dans l'intérêt de l'enfant, la solution à donner au pourvoi. Il demande cependant, en toute hypothèse, que le changement de nom à l'état civil de l'enfant D... Y...-Leber soit ordonné afin qu'elle soit désormais dénommée D... X..., comme ses frères.

### **5 - Orientation proposée : FS**

---

<sup>56</sup> Situation dont la reconnaissance en France dépend des seuls critères de l'ordre public international et de la fraude, ou encore, s'agissant de la force probante des actes étrangers, de l'article 47 du code civil.

<sup>57</sup> Pour l'hypothèse d'une GPA intervenue en France, en contrariété avec l'ordre public français, on citera l'arrêt récent : 1<sup>re</sup> Civ., 12 septembre 2019, pourvoi n° 18-20.472, publié.

**Nombre de projet(s) préparé(s) : 2**