



COUR DE CASSATION

AVIS DE Mme CARON-DEGLISE, AVOCAT GENERAL

N° H 18-50.080 et n° X 19-11.251

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

Le Procureur général de la cour d'appel de Montpellier

C/

Mme A... X...

M. le président du Conseil départemental du Vaucluse es-qualité
d'administrateur *ad hoc* de la mineure D... Y... E...

Audience du 17 mars 2020 - Formation de Section (FS)

Conseiller rapporteur : Rachel Le-Cotty

Avocat général : Anne Caron-Déglise

Avis : Cassation sans renvoi

Un avis unique est déposé dans les dossiers n° H 18-50.080 et n° X 19-11.251 qui sont connexes et devront être joints.

De l'union de M. F... X... et de Mme G... Y... sont nés les enfants B... et C..., respectivement le [...] 2000 et le [...] 2004.

Par jugement du 3 février 2011, le tribunal de grande instance de Montpellier a prononcé le changement de sexe à l'état civil de M. F... X... et son changement de prénom en celui de A..., étant précisé qu'aucune intervention chirurgicale n'était intervenue et que l'intéressé avait conservé ses organes masculins.

Postérieurement à cette modification d'état civil, est née de l'union charnelle entre Mme G... Y... et Mme A... X... l'enfant D... le [...] 2014, reconnue préalablement par Mme A... X... le [...] 2014 suivant reconnaissance préalable de maternité non gestatrice.

L'enfant a été déclarée à l'état civil sous le nom de D... Y... comme née de Mme G... Y....

Mme A... X... a demandé la transcription sur l'acte de naissance de l'enfant de la reconnaissance de maternité souscrite, ce qui lui a été refusé par l'officier d'état civil agissant sur instruction du procureur de la République du tribunal de grande instance de Montpellier.

Statuant sur la contestation de Mme A... X..., le tribunal de grande instance de Montpellier a, par jugement du 22 juillet 2016, confirmé le refus de transcription.

Sur le recours de Mme A... X..., la cour d'appel a dans un premier temps rejeté la requête de l'appelante aux fins d'expertise biologique puis, par arrêt avant-dire-droit du 21 mars 2018 en particulier désigné le président du conseil départemental de l'Hérault en qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant mineure D... Y..., née le [...] 2014 à [...] aux fins d'assurer sa représentation dans la procédure.

Par arrêt du 14 novembre 2018, la cour d'appel a confirmé le jugement en ce qu'il a refusé la transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de Mme A... X... à l'égard de l'enfant D... Y.... Y ajoutant, et par substitution de motifs, la cour a constaté que le lien biologique unissant l'enfant D... Y... à Mme A... X..., née le [...] 1968 à [...], n'est pas contesté, dit qu'il est de l'intérêt de l'enfant D... Y..., née le [...] 2014 à [...] (34) de voir ce lien biologique retranscrit sur son acte de naissance sous la mention de Mme A... X..., née le [...] 1968 à [...], comme "parent biologique" de l'enfant, ordonné la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant D... Y..., dit qu'en application de l'article 331 Mme A... X... exercera avec Mme G... Y... toutes les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant D... Y... et débouté les parties du surplus de leurs demandes.

C'est l'arrêt attaqué.

Le procureur général de la cour d'appel de Montpellier a formé un pourvoi le

30 novembre 2018 en un moyen unique (n° H 18-50.080) faisant grief à l'arrêt attaqué d'une violation de l'article 57 du code civil en ce que, selon les dispositions de ce texte, l'acte de naissance d'un enfant mentionne ses seuls « père et mère » et 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.

Par un pourvoi formé le 25 janvier 2019 (pourvoi n° X 19-11.251), Mme X... soutient un moyen unique en huit branches par lequel elle 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 D... Y..., 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 A... X..., née le [...] 1968 à [...], 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 A... X... de transcrire sur l'acte de naissance de D... Y... 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 A... 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 A... 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 A... X..., mais l'impossibilité de faire figurer sur l'acte de naissance de D... Y... une filiation paternelle à l'égard de Mme A... X..., que seule la mention de Mme A... 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 D... Y... ; qu'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'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 A... 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 D... 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 A... 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 D... Y... n'était pas contestée ; qu'en jugeant que l'intérêt de l'enfant D... 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 A... 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... Y..., 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 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... Y..., 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.*

Les questions de droit posées à la Cour.

Les pourvois nous interrogent sur la possibilité de transcription, sur l'acte de naissance d'un enfant né d'un couple hétérosexuel, dont l'époux a changé de sexe et est devenu femme à l'état civil avant l'engendrement, tout en conservant son appareil reproductif masculin, de la reconnaissance préalable de maternité de ce parent transgenre. Ils posent les questions suivantes :

- Quelle est la filiation de l'enfant ?

- Le parent transgenre homme-femme peut-il être désigné comme « parent biologique» dans l'acte de naissance de l'enfant ?
- Quelle(s) mention(s) doivent-elles être inscrites sur l'acte de naissance de l'enfant ?
- L'application de la loi française conduit-elle à méconnaître les exigences résultant des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des articles 3, §1, et 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant ?.

Discussion et Avis

Les questions posées par le pourvoi sont nouvelles devant la Cour de cassation. La Cour fédérale allemande a elle-même eu à connaître de la filiation d'un enfant né d'une personne transsexuelle après le changement de sexe légal de celle-ci. Dans une décision du 6 septembre 2017 (XII ZB 660/14), elle a dit que *"l'Allemagne n'a pas outrepassé la marge d'appréciation laissée aux Etats en assignant à un enfant né ou conçu par une personne transsexuelle après le changement de sexe légal soit comme "père" soit comme "mère", le sexe correspondant à la fonction de reproduction et non le sexe attribué au parent."*

Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme.

L'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, critiqué par les pourvois n° H 18-50.080 et n° X 19-11.251, concerne un homme devenu femme à l'état civil en conservant son appareil reproductif masculin et qui a engendré un enfant. La situation inverse est possible, celle d'une femme devenue homme à l'état civil et qui accouche. Infirmant la décision des premiers juges, la cour d'appel créé ici une nouvelle catégorie juridique, celle de "parent biologique", en considérant 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 de l'enfant de voir établi la réalité de sa filiation biologique avec le droit de Mme X... de voire reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant D... et le droit au respect sa vie privée consacrée par l'article 8 de la CEDH, 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 Mme X... et son enfant"*, étant précisé que l'établissement d'une filiation par la voie de l'adoption était en l'espèce impossible.

Pour résoudre les questions de droit inédites posées par les pourvois, il nous appartient de soumettre notre cadre juridique, reposant sur la dualité des sexes, à l'épreuve des questions contemporaines émergentes du genre et des contours réels de l'identité de la personne.

Plan :

- I - Les catégories sexuelles à l'épreuve des questions de genre et d'identité.
- II - La détermination des liens de filiation.
- III - La création prétorienne de la cour d'appel de Montpellier et les solutions possibles.
- IV - Les moyens des parties et l'avis.

I - Les catégories sexuelles à l'épreuve des questions de genre et d'identité.

“Le corps humain est, par excellence, le lieu de rencontre du sexe et du genre : à la fois marqueur du sexe biologique, par la différenciation sexuée et la spécialisation des organes génitaux, il est aussi le lieu d'expression de représentations sociales et d'assignation de genre”¹.

La lecture anatomique du corps assigne à chacun, dès la naissance, un sexe mâle ou femelle, homme ou femme. Ce qu'on appelle le genre (issu de l'anglais “gender”) est un concept sociologique qui renvoie aux rapports sociaux des sexes, à ce qu'on appelle le sexe social, construit socialement par la socialisation, et qui induit certains comportements ou attitudes.

1.1. La question du genre.

Initialement formé par des médecins confrontés à des nouveaux-nés intersexes², le concept de genre a fait l'objet d'études (“Gender studies”³) qui ont montré que la bi-catégorisation des individus en hommes et femmes n'est pas la simple reconnaissance d'une réalité naturelle évidente, mais le résultat d'une construction sociale susceptible de varier d'une société à une autre et au cours de l'histoire⁴. Ce sont précisément ces catégories bien distinctes d'homme et de femme que les caractéristiques sexuelles atypiques des individus intersexes sont venues remettre en cause⁵.

Pour mémoire, ce qu'on appelle l'intersexuation couvre un large éventail de situations qui peuvent se trouver en particulier au niveau chromosomique, anatomique, hormonal

¹ S. Hennett-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, “La loi & le genre. Etudes critiques de droit français”, ANR, Mission de Recherche Droit et Justice, CNRS Editions, 2014

² E. Dorlin, “Genre et sexualités”, Paris, PUF, 2008, p. 33

³ “Etudes de genre” ; A. Oakley, “Sex, gender and Society”, Londres, Temple Smith, 1972 ; M. Trachman, “Genre : état des lieux, entretien avec Laure Bereni”, La Vie des idées, XXX, se sont développées en s'inspirant notamment de penseurs français comme S. De Beauvoir (“On ne naît pas femme, on le devient”), M. Foucault ou P. Bourdieu

⁴ L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait et A. Revillard, “Introduction aux Gender studies : Manuel des études sur le genre”, 2008)

⁵ American College of Pediatricians, “Gender Dysphoria in children”, 2 août 2016 ; C. Delphy, “Le genre précède le sexe”, L'ennemi principal, t.2, “Penser le genre”

ou gonadique, c'est à dire sur ce dernier terme au niveau des organes de reproduction. Selon l'ONU, on estime à 1,7% la proportion des bébés qui naissent avec des caractéristiques ne correspondant pas aux définitions traditionnelles du sexe masculin ou du sexe féminin. Des variations de l'embryon peuvent en effet conduire à des phénotypes ne correspondant pas aux critères de la différenciation sexuelle et de nombreux travaux scientifiques⁶ ont montré qu'il est possible qu'une personne présentant des chromosomes XX développe un phénotype anatomique, mais aussi physiologique et psychologique, correspondant aux normes du masculin. L'inverse peut également se produire et, en tout état de cause, ces travaux "semblent démontrer (...)" que le sexe représente un ensemble de données et non un seul élément permettant de considérer qu'on est soit mâle soit femelle".

Il est également nécessaire de se souvenir que "*les personnes nées avec des caractéristiques sexuelles qui ne correspondent pas aux définition typiques de "mâle" et de "femelle"*", ne faisaient l'objet d'aucune prise en charge particulière avant le XXème siècle. En 1955, John Money et ses collègues ont proposé des lignes directrices qui ont donné lieu à une approche médicale de l'intersexualité. Celle-ci était considérée comme une anomalie qu'il était nécessaire de corriger⁸. Les nouveaux-nés présentant des "organes génitaux ambigus" étaient alors traités comme des urgences médicales et étaient opérés en fonction de différents critères.

Certaines organisations de personnes intersexes⁹ ont dénoncé ces "opérations de réassignation" comme des violences inacceptables et en ont demandé l'arrêt au profit d'une approche fondée sur les droits humains, dont le droit à l'intégrité physique et sexuelle. Dans ce sens, elles ont revendiqué l'arrêt de toute modification des caractéristiques sexuelles quand elle n'est ni nécessaire ni désirée par la personne concernée elle-même.

Depuis les années 1990 et la Déclaration du consensus de Chicago de 2005, l'approche

⁶ A. Fausto-Sterling, "Myths of gender : Biological theories about women and men", NYC, Basis-books, 1992, 2^{ème} édition et "Corps en tous genres : la dualité des sexes à l'épreuve de la science", La Découverte, Coll. SH/Genre et Sexualité", 2012, 1^{ère} édition ; L. Bereni et autres précités, "Introduction aux Gender Studies : Manuel des études sur le genre" ; "How science is helping us understanding gender", National Geographic, 19 décembre 2016

⁷ ONU, "Libres et égaux : visibilité intersexe", 26 octobre 2016. L'intersexuation couvre un large éventail de situations qui peuvent se trouver en particulier au niveau chromosomique, anatomique, hormonal ou gonadique, c'est à dire sur ce dernier terme au niveau des organes de reproduction. Selon l'ONU, on estime à 1,7% la proportion des bébés qui naissent avec des caractéristiques ne correspondant pas aux définitions traditionnelles du sexe masculin ou du sexe féminin

⁸ L. Bereni et autres précités, "La chirurgie d'assignation sexuelle et les intersexuels", ch. 1, p. 26

⁹ Par exemple, Iglyo, Oll Europe et EPA, 2018, "Soutenir son enfant intersexe"

médicale de la nécessité d'une chirurgie précoce est de plus en plus contestée¹⁰. Aujourd'hui, les revendications¹¹ des associations ou des personnes intersexes sont diverses. Toutes souhaitent la reconnaissance de leur identité profonde, certaines militent pour la reconnaissance d'un troisième sexe ou sexe neutre, d'autres considérant que celle-ci aggraverait le risque de stigmatisation et entraverait le droit à la détermination en entretenant la confusion entre les caractéristiques sexuelles et l'identité de genre. Certaines personnes ne se ressentent en effet ni homme ni femme, mais un "mélange" des deux, ou aucun d'eux.

1.2. La question de l'identité.

La question centrale est en effet celle de l'identité qui, comme l'expose très bien Anne Philips¹², est *"à la fois caractéristique personnelle, issue de la rencontre des éléments de l'état civil et ressemblance aux autres en raison de l'identité de destins auxquels sont soumis les corps humains"*. Cette destinée commune, marquée par le genre et l'assignation à des fonctions sociales différenciées en raison du sexe se retrouve dans l'organisation de la société et du droit lui-même.

L'état civil, qui est selon G. Cornu (Vocabulaire juridique), "la situation de la personne dans la famille et dans la société", est un instrument central pour définir l'identité de la personne. Constitué en droit français des éléments qui permettent l'identification d'une personne, tels le nom, le ou les prénoms, le sexe, la date et le lieu de naissance, la filiation, la nationalité, le domicile, la situation matrimoniale, la date et le lieu du décès, il revêt un intérêt d'ordre public et est enserré dans des règles strictes. Une instruction générale relative à l'état civil¹³ regroupe en un seul document les dispositions législatives et réglementaires, circulaires et décisions jurisprudentielles qui y sont relatives et à son administration.

La mention du sexe à l'état civil.

L'article 57, alinéa 1^{er}, du code civil dispose :

"L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de 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 des 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

¹⁰ C.P. Houk, Ienas A-Hugues, S.Faisal Ahmed et P. A. Lee, "Summary of consensus statement on intersex disorders and their management", *Pediatrics*, vol. 118, n° 2, 1^{er} août 2016

¹¹ Déclaration de Malte, conclusions du 3^{ème} Forum international intersexe, 31 octobre 2016

¹² A. Phillips, "Our Bodies, Whose property ?", Princeton UP, 2013

¹³ NOR : JUSX9903625J. La première a été émise le 21 septembre 1955. Elle a été modifiée à de multiples reprises, la dernière mise à jour importante datant de 2002, suivie d'une réactualisation partielle par le ministère de la Justice par une circulaire du 28 octobre 2011 (NOR : JUSC1119808C) portant sur les actes d'état civil relatifs à la naissance et à la filiation

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 le registre aucune mention à ce sujet."

La mention du sexe sur l'acte de naissance est obligatoire dans les trois jours qui suivent la naissance. En pratique, le critère retenu est celui de l'apparence des organes génitaux externes. Par conséquent, toutes les variations de la différenciation sexuelle qui aboutissent à des organes externes conformes à l'un des deux sexes attendus ne sont pas perçues et donc jamais qualifiées comme telles¹⁴.

Comme le relève M. X. Catto¹⁵, cette invisibilisation ainsi créée a deux effets : le renvoi du phénomène à la marginalité et la croyance en la vérité du sexe déclaré. Chacun croit qu'il est homme ou femme et le critère arbitraire qui a servi à la déclaration est oublié. *"Ces dénominations supposent l'existence d'un sexe vrai. Or, le criterium du sexe vrai n'existe pas"*¹⁶. Le Conseil Consultatif National d'Ethique (CCNE) lui-même explique, à propos des cas d'intersexuation des athlètes, que "l'attitude médicale est de les laisser dans l'ignorance de cette anomalie génétique, car leur révéler qu'elles sont porteuses de certains caractères génétiques mâles pourrait entraîner des perturbations psychologiques graves". (CCNE, Avis n° 30 du 27 janvier 1992, p. 1).

M. X. Catto ajoute que la seule existence de deux sexes ne découle pas en droit de la formulation de l'article 57 du code civil, mais d'une instruction¹⁷ aujourd'hui claire : *"le sexe qui est mentionné sur l'acte de naissance (article 57 du Code civil) doit être indiqué par la lettre M (masculin) ou F (féminin)"*.

La rectification des erreurs et les modifications de sexe à l'état civil.

La mention du sexe étant d'ordre public, les rectifications d'acte d'état civil sont possibles à l'initiative de toute personne intéressée, comme du ministère public, mais elles sont du seul ressort des tribunaux¹⁸. La rectification est autorisée quand l'acte "contient des omissions ou des erreurs dont la réparation ne soulève aucune question relative à l'état des personnes"¹⁹, ce qui est le cas en matière de rectification relative au sexe, l'acte étant "inexact dès l'origine"²⁰.

¹⁴ J. Petit, "L'ambiguïté du droit face au syndrome transexuel", RTD civ., 1976, p. 286

¹⁵ M. X. Catto, "La mention du sexe à l'état civil", p. 29 et s., dans la loi et le genre

¹⁶ L. Ombrédanne, "Le mariage des hermaphrodites", Cahiers Laënnec, 1947, n° 2, p. 3.

¹⁷ Circulaire du 10 janvier 2000 relative à l'instruction générale, BO Ministère de l'Intérieur, n° 1, 2000, p. 235

¹⁸ Avis du Conseil d'Etat du 13 nivôse an 10 (3 janvier 1802) sur les formalités à observer pour les rectifications faites aux registres de l'état civil

¹⁹ IGREC, JO du 22 septembre 1955, § 152, p. 9340

²⁰ IGREC, précité, p. 9341

Les conditions de la modification de la mention du sexe à l'état civil n'étaient pas définies jusqu'à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle. La Cour de cassation a donc été conduite à fixer ces conditions de façon prétorienne, à partir des années 1990²¹.

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^{ère} Civ., 7 juin 2012, pourvoi 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*".

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.

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 (C. civ., art. 61-5 à 61-8).

Dans les articles 61-7 et 61-8 plus particulièrement²², le législateur a organisé les modalités pratiques de transcription de la modification du sexe, pour la personne elle-même, son conjoint et ses enfants. Il a en outre précisé que la modification de la mention du sexe du parent est sans effet sur les filiations établies avant cette modification.

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 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

²¹ 1^{ère} Civ., 21 mai 1990, n° 88-12.829, Bull. N° 117 ; CEDH, arrêt du 25 mars 1992, n° 13343/87; B c/ France ; Ass. plen., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 et n° 91-12.373, Bull. N° 13 ; 1^{ère} Civ. 7 juin 2012, pourvoi n°11-22.490, Bull. N° 124 et 10-26.947, Bull. N° 123 ; 1^{ère} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 12-11.949, Bull., n° 14 ; 1^{ère} Civ., 13 février 2013, pourvoi n° 11-14.515, Bull., n° 13

²² Voir 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, NOR : JUSC 1709389C

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.

Toute la doctrine²³ a immédiatement constaté ce vide législatif.

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. Le Sénat ne s'est pas davantage prononcé sur la question dans le texte adopté le 4 février 2020, avec des amendements.

La mention des reconnaissances sur l'acte d'état civil de l'enfant.

L'article 62 du code civil dispose en ses quatre premiers alinéas :

"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.
(...)"*

²³ 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 ; 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 ; A. Marais, " Le sexe (si) que je veux, quand je veux", JCP G n° 45, 7 novembre 2016, 1164; G. Kessler, "La déssexualisation de la parenté, Cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018", AJ fam.2018. 684 ;F. Violla et J-P. Vauthier, " Père, Mère, Parent (biologique) : rayer la/les mention(s) « inutiles »", JCP G n°5, 4 février 2019, p. 95 ; L. Brunet et Ph. Reigné, "De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire", JCP G, 4 février 2019, 91

L'article 316 du même code dispose :

“Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre²⁴, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance.

La filiation 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 de la filiation ainsi établie.”

II- La détermination des liens de filiation.

Comme la détermination du sexe, la filiation est une donnée qui a longtemps paru aller de soi dans la mesure où elle nous semble biologiquement fondée. Or, elle ne l'est pas toujours. Ainsi, certains systèmes juridiques, y compris des systèmes aux yeux desquels la réalité biologique constitue une donnée fondamentale, peuvent ne pas permettre l'établissement ou la destruction de la filiation au nom de la protection d'autres droits et intérêts en cause, qu'il s'agisse de considérations tenant à des intérêts de nature sociale (défense du mariage, dignité de la personne humaine, indisponibilité de l'état, intangibilité du corps humain etc.), de considérations tenant à la protection de droits et intérêts privés (ceux du parent prétendu, ceux de l'enfant, parfois même ceux de tiers) ou de considérations liées à des intérêts publics et privés (par exemple la protection de la sécurité juridique).

En fonction des équilibres réalisés, la Cour européenne des droits de l'homme ne leur en tiendra pas nécessairement rigueur. Il apparaît en effet que la Cour EDH ne fait pas prédominer un élément composant la filiation sur un autre²⁵. Elle contrôle au regard des droits et libertés garantis par la Convention et par ses protocoles, si un juste équilibre a été réalisé entre les droits et intérêts en jeu.

En toute hypothèse, parmi les droits et intérêts en jeu, il en est un qui pèse d'un poids particulier : l'intérêt de l'enfant, qui est une “considération primordiale”. Le raisonnement de la Cour est construit sur le respect des droits de l'enfant, et, tout particulièrement, du droit de l'enfant au respect de son identité : « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que*

²⁴ Section I : art. 310-3 à 311-2

²⁵ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme redistribue en effet progressivement les cartes. « *Aux yeux de la cour, le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter personne* » (CEDH, 27 octobre 1994, I... c. Pays-Bas). Dans cette formule devenue rituelle apparaissent les différents fondements de la filiation : la réalité biologique, la réalité sociale, la règle légale, la volonté des individus.

la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »²⁶.

Il est par ailleurs essentiel d'avoir à l'esprit, ainsi que l'ont exposé en particulier les anthropologues français, Claude Lévi-Strauss²⁷ et Françoise Héritier²⁸, que les modes d'établissement de la filiation ne sont pas tous identiques dans toutes les sociétés car *“la filiation est la règle sociale qui définit l'appartenance d'un individu à un groupe. Dans la société occidentale, elle est dite “bilatérale” ou “cognatique”, en ce sens que nous sommes apparentés de la même manière à nos père et mère, à nos quatre grands-parents, à nos huit arrière-grands-parents, etc..., et que nous avons les mêmes droits régulés par la loi et des statuts identiques dans toutes les lignes, pour peu que l'histoire de vie individuelle le permette. Ce système reconnaît des filiations et des appartenances selon toutes les lignes de descendance, malgré les apparences (apparences, par exemple, que la transmission exclusive du nom par le père jusqu'à une époque récente, en France).²⁹”*

D'autres systèmes de filiation existent, par exemple les systèmes dits “unilinéaires”³⁰, dans lesquels la filiation ne passe que par un seul sexe. Une seule ligne est alors reconnue comme donnant la filiation sur les huit qui unissent un individu à ses arrière-grands-parents. Les individus se connaissent, ont des rapports de consanguinité avec tous les parents situés dans les autres chaînes, mais cela n'a alors rien à voir avec la filiation et les droits qui en découlent (droits de succession, d'héritage,...).

Cependant, ainsi que le relève Françoise Héritier, tout système de parenté est amené à traiter conceptuellement des mêmes données biologiques élémentaires, qui sont universelles. La rencontre de deux sexes est une donnée biologique de base, incontournable, nécessaire pour procréer ; et la procréation entraîne une succession de générations dont l'ordre naturel ne peut pas être inversé. Même dans les modes artificiels de procréation, la rencontre de deux sexes différents est un invariant incontournable, pour le moment en tout cas, auquel la pensée de tous les hommes a été confrontée.

Ces invariants anthropologiques étant posés, il est indispensable d'avoir également à l'esprit que *“toutes les sociétés humaines reposent sur une commune exigence, celle de leur reproduction, qui passe par celle de leurs membres. Il s'agit alors de définir, au moyen de règles particulières de filiation, ce qui garantit la légitimité de l'appartenance au groupe, statuer sur ce qui fonde l'identité de la personne humaine en tant qu'elle est enserrée dans un continuum biologique et social, régler les droits et devoirs de*

²⁶ CEDH, 13 juillet 2006, J... c/Suisse, n°58757/00, § 100

²⁷ C. Lévi-Straus, “Les structures élémentaires de la parenté”, Puf, 1949

²⁸ F. Héritier, “Masculin/Féminin I. La pensée de la différence”, O. Jacob, 1996

²⁹ F. Héritier, op. précité, p. 31 et s.

³⁰ Systèmes unilinéaires “patrilinéaires”, dans lesquels la filiation ne passe que par les hommes. Les filles appartiennent au groupe de leur père, mais leurs enfants appartiennent au groupe de leur mari. Systèmes unilinéaires “matrilinéaires”, qui ne passent que par les femmes. Les fils appartiennent au groupe de filiation de leur mère, mais leurs enfants au groupe de filiation de leur mère.

*l'individu, et même apporter une solution à leur mesure au problème de la stérilité. En ces domaines, chaque société suit un usage cohérent qui lui est propre et qui est la loi du groupe*³¹, ainsi que l'a montré l'anthropologie.

Ce qui est alors en jeu n'est donc pas seulement le fait juridique de la filiation, mais bien l'ensemble des comportements et des représentations qui lui sont associés. Or, ces dernières années, les connaissances scientifiques en matière de reproduction et de génétique humaine, de lutte contre la stérilité, se sont considérablement développées. Nous devons en tenir compte, en n'oubliant cependant pas que *“les règles de la filiation, ce lieu nécessaire et de droit dont dépend la reconnaissance de la place de l'enfant dans la famille et dans la société”, sont toutes ancrées dans ce que le corps humain, donc la nature humaine, a de plus irréductible : la différence des sexes*³².

La filiation passe par une ligne d'hommes, ou de femmes, parfois les deux à la fois, selon différentes formules, et ce dans toutes les sociétés. C'est vrai pour celles qui ne connaissent que le rapprochement sexuel comme mode de reproduction, ce sera vrai aussi des nouveaux modes de procréation qui, s'ils ne peuvent exclure le rapprochement physique, ne sont cependant pas coupés de la reproduction sexuée. Mais, jusqu'à nos jours, il n'existe pas de sociétés humaines qui soient fondées sur la seule prise en considération de l'engendrement biologique, ou qui lui auraient reconnu la même portée que celle de la filiation socialement définie. Toutes consacrent la primauté du social - de la convention juridique qui fonde le social - sur le biologique pur. La filiation n'est donc jamais un simple dérivé de l'engendrement.

Cela ne signifie pas pour autant que la séparation entre engendrement biologique et filiation sociale porte la marque de l'ignorance du rôle de l'acte sexuel dans la procréation. Elle rend compte plutôt d'une certaine idée du rôle et du statut de l'enfant d'une part, des droits et des devoirs de l'individu dans la société, d'autre part, et plus généralement de systèmes de représentations.

Ainsi par exemple, des sociétés ont trouvé des solutions sociales pour répondre au problème particulier de la stérilité, tout en permettant à la collectivité de connaître le statut et l'identité du géniteur. Chez les Nuer³³, la femme qu'on appelle “père” est considérée comme un homme, qui, en tant que père, se voit attribuer une descendance. Elle accède ensuite au statut masculin, y compris lorsqu'elle se marie. Des enfants ont aussi pu avoir plusieurs “mères” : la Rome antique dans laquelle un homme dont la femme était féconde pouvait la céder provisoirement à un autre dont l'épouse était stérile ou mettait au monde des enfants qui ne vivaient pas ; certaines sociétés océaniques, africaines et notamment les Gonja, les Kotokoli ou les Samo, dans lesquelles la fonction éducative et l'attachement affectif ne sont pas nécessairement associés à la fonction reproductive.

Encore faut-il s'entendre sur la définition des mots : père, mère, parents. Il n'y pas, dit Françoise Héritier, de sociétés qui ne fassent la différence entre les rôles sociaux, établissant la filiation notamment de Pater et de Mater, et les fonctions physiologiques de genitor/genitrix, c'est à dire entre filiation et engendrement.

³¹ F. Héritier, op. précité, p. 253

³² F. Héritier, op. précité, p. 254

³³ Nuer, population d'Afrique de l'ouest

De la même manière, notre ordre juridique traditionnel n'a jamais été fondé sur le binôme mère-enfant, ou sur le trinôme père-mère-enfant, ou père et mère seraient entendus au sens de géniteurs. La règle qui fait du mari de la mère le père des enfants nés ou conçus dans le mariage consacre déjà la reconnaissance de la différence entre Pater et genitor, entre filiation et engendrement, comme l'adoption pour les deux parents. Volonté et possession d'état sont d'ailleurs des critères qui, dans le droit français actuel, ont la même valeur pour fonder en droit la filiation que l'engendrement qui fait la filiation naturelle légitime.

La filiation est par nature un lien social, dont la société prend acte pour marquer l'inscription de l'enfant dans une ou plusieurs lignées, dans un ou plusieurs groupes.

Le paradoxe des méthodes nouvelles de procréation et du développement des aspirations individuelles de reconnaissance des différences est qu'elles permettent de revendiquer simultanément, dans certains cas, la prééminence du génétique, et dans d'autres, celle du lien social et de la volonté. Or, peut-on penser simultanément l'idée de plein exercice de la volonté, celle des droits de l'homme et la responsabilité qu'implique l'acte d'engendrer vis à vis de l'enfant lui-même ?

Ainsi que le relève encore Françoise Héritier, *“l'individu qui bénéficie des droits de l'homme est un être anonyme, abstrait, asexué, intemporel : il est un pur porteur de droits, tout seul. Or, dans l'acte d'engendrer, il faut bien admettre que l'individu abstrait est à la fois partie prenante et partie prise : celui qui procrée et celui qui est procréé.”* Cette constatation démontre à elle seule que l'individu ne peut être pensé que dans sa relation à l'autre, aux autres.

III - La création prétorienne d'une nouvelle catégorie à l'état civil :

Dans le cas d'espèce, Mme X... a obtenu le changement de la mention du sexe figurant dans les actes de l'état civil la concernant par un jugement du 3 février 2011. Née de sexe masculin, elle dispose désormais d'actes de l'état civil la désignant comme femme.

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, d'autant a-t-elle rappelé que la voie de l'adoption était fermée.

3.1. Une position expliquée par la cour d'appel mais très critiquée.

La cour d'appel a, dans un souci pédagogique, 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 Y..., 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, ainsi que le relève le rapporteur :

- 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 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 Y..., 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* »

La doctrine³⁴ est très réservée sur la solution adoptée par la cour d'appel, tout en

³⁴ F. Vialla et J.-P. Vauthier, « Père, Mère, Parent (biologique) : rayer la/les mention(s) "inutiles" », JCP G n°5, 4 février 2019, p. 95 ; A. Marais, « 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, doct. 1237 ; 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 ; B. Moron-Puech,

soulignant 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** (“L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur”, D. 2019. 110.) 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 *K... et L...* de la Cour européenne des droits de l'homme, 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 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*”.

H. Fulchiron (“Homme-mère, femme-père...”, Dr. famille n° 1, janvier 2019, comm. 6) 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*

“Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques”, RDLF 2018, chron. n° 26 ; L. Brunet et Ph. Reigné, “De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire”, JCP G, 4 février 2019, 91 ; G. Kessler, “La déssexualisation de la parenté - cour d'appel de Montpellier 14 novembre 2018”, AJ fam. 2018. 684 ; J.-R. Binet, “Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères !”, Dr. fam. 2018. Repère 11.

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 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 ».*

3.2. Les consultations réalisées dans le cadre du présent avis (pièces jointes).

Le Défenseur des droits (décision du 28 juin 2019).

Le Défenseur des droits souligne les lacunes du droit de la filiation en cas de changement de sexe d'un parent avant la naissance de l'enfant et l'absence de dispositions législatives relatives aux incidences juridiques de l'inscription de la naissance d'un enfant à l'état civil intervenue postérieurement au changement de sexe du parent.

Selon lui, ce silence des autorités exécutives et législatives place l'enfant dans une situation d'incertitude juridique ce qui apparaît aller à l'encontre du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme EDH et par la Convention des droits de l'enfant.

Après avoir analysé les différentes solutions possibles (adoption, présomption de paternité et inscription du sexe d'origine du parent, reconnaissance d'une parenté non genrée sur l'acte d'état civil de l'enfant, la double reconnaissance maternelle), **le Défenseur des droits suggère la transcription de la maternité non gestatrice de la mère sur l'acte d'état civil de l'enfant.** Selon lui, *« cette solution, dans le cas d'espèce, serait susceptible d'établir un juste équilibre entre le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui de l'identité de genre de sa parente, ce d'autant que la double filiation maternelle ne porterait pas atteinte à la vérité biologique. Néanmoins, l'alignement de la parenté sur le sexe juridique viendrait remettre en cause le droit positif selon lequel, hors adoption, un enfant ne peut avoir deux parents de même sexe. Le Défenseur des droits considère ainsi que les nouvelles réalités familiales impliquent désormais que le législateur procède à une révision des règles de la filiation et intègre dans l'avenir la*

double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les couples de même sexe.”

L'avis du Conseil Consultatif National d'Ethique (CCNE - 28 juin 2019).

Le CCNE souligne que “la question qui se pose d'un point de vue éthique est de savoir comment envisager l'articulation entre réalité, légalité et projet parental.

“Depuis le changement de sexe de Mme Z, le mariage, composé légalement de deux femmes, est devenu homogène. Il semble qu'aucune présomption de paternité ne soit applicable, sans que, pour autant, on puisse en déduire l'existence d'une présomption de maternité. L'épouse de Mme Z a d'ailleurs une filiation maternelle revendiquée et établie, qui résulte tant de son lien biologique avec l'enfant que de l'accouchement. Si l'on excepte les situations qui résultent de l'adoption, le droit peut-il reconnaître l'existence de deux mères, résultant, pour l'une comme pour l'autre, de liens biologiques, outre pour la seconde de la gestation et de l'accouchement ? Il n'appartient pas au CCNE de répondre à cette question.

D'un point de vue éthique, il relève que la demande de maternité de Mme Z s'apparente à la revendication d'une parentalité d'intention dès lors que, même conforme légalement à son état civil, elle n'est pas compatible avec les données biologiques. Cette affaire diffère toutefois de celles qui sont habituellement soumises en ce domaine à l'appréciation des juges. On n'est plus face à un désir d'enfant qui, ne pouvant être satisfait, de manière naturelle, donne lieu à un projet parental qui fait intervenir des tiers pour fournir des gamètes ou porter l'enfant à naître. Au cas d'espèce, Mme Z a elle-même conçu l'enfant en ne pouvant ignorer que la différence entre son identité de genre et son identité sexuelle faisait d'elle le père biologique. Peut-elle s'affranchir de la situation qu'elle a ainsi créée en pleine connaissance de cause pour revendiquer un lien de nature différente ?

La cour d'appel a cru pouvoir résoudre la difficulté en retenant la qualité de “parent biologique”. C'est là admettre l'existence d'une parentalité dénuée de genre. Outre les risques de stigmatisation qui en résulteraient pour l'enfant, comme pour les parents, compte tenu du caractère résolument novateur de cette notion qui conduirait chacun à s'interroger sur leur identité et sur leur vie familiale, la reconnaissance d'une telle parentalité aurait des conséquences s'étendant largement au-delà du cas d'espèce. Elle reviendrait à admettre juridiquement un éclatement possible de la parentalité biologique. Elle ouvrirait ainsi la voie à une multi-parentalité, paternelle et maternelle, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'adoption. Certes, les progrès scientifiques et les évolutions de la société remettent en cause le caractère univoque de la parentalité et de multiples combinaisons entre genre, sexe et conception deviennent possibles. Mais admettre une multi-parentalité paternelle et maternelle sans référence à la notion de genre aboutirait à ce que des situations nouvelles puissent être admises sans examen préalable visant à vérifier au cas par cas qu'elles sont compatibles avec l'intérêt de l'enfant d'une part, avec la nécessaire conciliation de l'autonomie individuelle et de l'intérêt collectif d'autre part. Le CCNE estime qu'il est nécessaire d'un point de vue éthique de maintenir cette possibilité de contrôle par le juge, dans un domaine où les actes ont des conséquences pour d'autres que ceux qui agissent, en premier lieu les enfants et, au-delà, la société tout entière.

Plutôt que de s'en remettre à la notion nouvelle de “parentalité biologique”, ou à la “maternité non gestatrice” qui, bien qu'indiquant le genre, aboutirait aussi à reconnaître un éclatement non contrôlé de la parentalité, le CCNE considère que cette affaire oblige à s'interroger sur la nature des repères que l'éthique s'efforce de dégager pour aider le

droit à fixer des limites. Fixer les limites, ce n'est pas refuser les évolutions, mais c'est se donner les moyens de les encadrer. Le CCNE estime que le lien avec le réel fait partie des repères éthiques en matière de filiation. Il appartient à la justice de décider si la négation par Mme Z d'une réalité biologique qu'elle a acceptée lors de la conception de l'enfant contrevient à ce principe."

L'avis de la Direction des affaires civiles et du sceau (DACS - 26 septembre 2019).

Dans son avis du 26 septembre 2019, la DACS souligne que, dans le cas d'espèce, le problème juridique n'est pas celui de l'établissement de la filiation en tant que tel, mais celui de la désignation du parent dans les actes de l'état civil.

La question est en effet de savoir s'il est compatible avec les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de désigner "père", dans l'acte de naissance de l'enfant, la personne avec qui le lien de filiation s'établit selon les règles de la filiation paternelle, alors que cette personne est, au regard de l'état civil, une femme.

Elle rappelle que l'acte de naissance sur lequel la filiation est enregistrée est un acte exclusivement relatif à l'enfant. C'est donc par rapport au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et à une vie familiale normale que le contrôle de proportionnalité doit s'exercer.

Or, expose-t-elle, sur la question de savoir si l'application de la loi française conduisant à privilégier le sexe biologique et à désigner comme "père" une femme à l'état civil ou, comme "mère", l'homme qui a accouché, porte une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée, il existe une marge d'appréciation et des raisons d'hésiter.

La DACS envisage deux voies de solution :

1) Désigner les liens de filiation entre l'enfant et ses parents dans l'acte de naissance, selon des modalités qui correspondent à la réalité physiologique des conditions dans lesquelles ces liens ont été établis, sans qu'il en résulte une atteinte excessive aux droits de l'enfant.

Le sexe mentionné dans l'acte de naissance sera alors celui correspondant à la fonction de reproduction et non au sexe légalement attribué au parent.

C'est l'application de la solution retenue par la Cour fédérale allemande dans une décision du 6 septembre 2017 (XII ZB 660/14).

2) Assumer la distinction entre la règle applicable à la filiation (qui désigne le lien juridique entre le parent et l'enfant) et les modalités de sa désignation dans l'acte de naissance de l'enfant en indiquant dans cet acte le parent dans le genre qui correspond à son état civil.

Dans ce cas, "des adaptations seraient nécessaires pour tenir compte de l'autre parent dans le cas d'une procréation charnelle. En effet, à défaut, l'acte désignerait deux pères ou deux mères, alors qu'il ne s'agit pas d'une filiation résultant d'une adoption (ni, dans la perspective de la loi actuellement en débat devant le Parlement, d'une AMP réalisée dans un couple de femmes).

Afin d'éviter une apparence d'illégalité de l'acte de naissance (comme méconnaissant l'article 320 du code civil), il devrait alors être mentionné, dans la rubrique consacrée aux événements relatifs à la filiation dans l'acte de naissance de l'enfant, le changement de sexe à l'état civil du parent concerné."

IV - Les arguments des pourvois et notre Avis.

Les mémoires ampliatifs du procureur général de la cour d'appel de Montpellier et de Mme X... concluent à la censure de l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier aux motifs qu'il n'appartient pas au juge de créer une nouvelle catégorie juridique. Mme X... soutient en outre que l'application de la loi française méconnaît tout à la fois les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (articles 8 et 14) et de la Convention internationale des droits de l'enfant (Convention de New-York, article 3 §1).

Le mémoire de 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...-E... soit ordonné afin qu'elle soit désormais dénommée D... X..., comme ses frères.

4.1. La création prétorienne d'une nouvelle catégorie juridique est-elle possible?

Le moyen du procureur général, en une branche unique, et les deux premières branches du moyen de Mme X..., vous invitent à casser l'arrêt attaqué en ce qu'il a créé la nouvelle catégorie juridique de "parent biologique".

Le procureur général de la cour d'appel de Montpellier, au visa 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.

Invokant l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, ***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 votre chambre du 4 mai 2017 (1^{ère} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, en cours de publication au Bulletin) relatif à la mention « sexe neutre » à l'état civil et soutient que la même solution doit prévaloir en matière de filiation.

Dans la deuxième branche de son moyen, prise d'un grief de violation des articles 34 de la Constitution, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 3, § 1, et 7 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, Mme X... soutient en outre 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 14 mars 2014.

En effet, contrairement à l'option prise par l'arrêt attaqué qui invoque les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, aucune disposition de la Convention européenne n'exige que la filiation soit désignée comme "biologique" sur l'acte de naissance de l'enfant. Cette notion, inconnue du droit français, a ici été créée de manière totalement prétorienne alors qu'il n'appartient pas au juge de créer de nouvelle catégorie juridique (Constitution du 4 octobre 1958, art. 34).

Rappelons en outre que, dans son arrêt précité du 4 mai 2017 (1^{ère} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, en cours de publication), votre chambre a jugé 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. Vous avez ainsi exclu la possibilité d'un "sexe neutre"*.

La loi française ne reconnaît que deux sexes et deux filiations, la filiation paternelle et la filiation maternelle. Il n'existe donc pas, contrairement à ce qu'a retenu à tort la cour d'appel, de "filiation dégenrée" telle que la notion de "parent biologique".

Nous concluons donc à la cassation de l'arrêt attaqué sur l'ensemble de ces branches.

Cette cassation doit à notre sens intervenir sans renvoi puisqu'il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en la cause, de statuer sur le fond. En effet, la question ici posée est de savoir si le refus de transcrire la reconnaissance de maternité de Mme X... dans l'acte de naissance de l'enfant avec lequel elle a établi un lien de filiation selon les règles de la filiation paternelle (acte procréatif masculin), alors qu'elle est devenue femme au regard de son état civil propre, est compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (articles 8, 14) et de la Convention internationale des droits de l'enfant (articles 3 § 1 et 7) ?

4.2. L'application de la loi française méconnaît-elle les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention internationale des droits de l'enfant ?

Mme X... soutient que la solution retenue par la cour d'appel n'est pas de nature à préserver le droit au respect de sa vie privée et de celle de sa fille (3^{ème} branche, prise d'un grief de manque de base légale au regard de l'article 8 de la Convention EDH) et qu'en particulier, elle n'a pas recherché, alors qu'elle y était invitée, si le fait d'établir une filiation non maternelle avec Mme X... n'était pas susceptible d'entraîner, pour l'enfant, des réactions négatives (4^{ème} branche, prise d'un grief de manque de base légale au regard des articles 3 § 1 et 7 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989).

Elle fait en outre valoir que la solution retenue procède de plusieurs discriminations à son égard en raison de sa transidentité (5^{ème}, 6^{ème} et 7^{ème} branches, prises d'un grief de violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la 7^{ème} branche y ajoutant la violation de l'article 8).

A titre subsidiaire, Mme X... reproche à la cour d'appel d'avoir refusé d'accueillir sa 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... Y..., il n'était pas contesté que Mme X... s'était toujours comportée comme une mère d'intention pour l'enfant (8^{ème} branche, prise d'un grief de violation des articles 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme).

Avis.

Le refus de transcrire la reconnaissance de maternité de Mme X... dans l'acte de naissance de l'enfant avec lequel elle a établi un lien de filiation selon les règles de la filiation paternelle (acte procréatif masculin), alors qu'elle est devenue femme au regard de son état civil propre porte-t-il une atteinte disproportionnée au droit de ce parent et de l'enfant au respect de leur vie privée et familiale et existe-t-il une marge d'appréciation de l'Etat dans les règles de détermination des liens de filiation ?

Ainsi que le relève la DACS dans la consultation précitée, **il relève de la jurisprudence de la Cour EDH que la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit au respect de la vie privée et consacre l'exigence de recherche de l'intérêt de l'enfant, qui est une considération primordiale dans l'analyse des situations.** Elle exige, dans certains cas, en particulier en cas de gestation pour autrui, la possibilité de reconnaissance de la filiation avec le parent biologique (CEDH, 26 juin 2014, K..., n° 65192/11) et protège le droit de l'enfant de connaître ses origines .

La Cour EDH a eu l'occasion à plusieurs reprises, notamment dans des affaires sur la reconnaissance de la filiation des enfants issus d'une convention de gestation pour autrui, de dissocier, au regard du droit au respect de la vie privée, le droit des parents et celui des enfants.

En effet, si l'identité sexuelle relève de la sphère protégée par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est uniquement au regard du droit à la vie privée de la personne transgenre. Celle-ci a droit, non seulement à ce que son identité choisie et déclarée à l'état civil soit respectée, mais aussi à ce que la réalité de son lien de filiation soit reconnue.

Néanmoins, **l'acte de naissance sur lequel la filiation est enregistrée est un acte exclusivement relatif à l'enfant. C'est donc par rapport au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et à une vie familiale normale que le contrôle de conventionnalité doit s'exercer, Mme X... y ajoutant toutefois une autre donnée à prendre en compte, le droit à la non-discrimination du parent dont l'identité sexuelle a été modifiée à l'état civil à raison du sexe ou de l'identité sexuelle.** Ce droit à la non-discrimination de l'un des parents est lui-même, nécessairement, une donnée importante à prendre en considération dans l'appréciation *in concreto* de l'atteinte portée au droit de l'enfant de mener une vie privée et familiale normale avec ses parents.

Cette question spécifique de la discrimination n'avait pas été soulevée en appel. Elle nous apparaît toutefois recevable au stade du pourvoi puisque c'est précisément l'analyse de la cour et la solution retenue par elle qui interroge sur la possible discrimination du parent dont l'identité sexuelle a été modifiée, par rapport à un autre parent, dans l'acte d'état civil de son enfant.

Sur le droit à la non-discrimination, la Cour EDH a en effet clairement affirmé, dans plusieurs arrêts, que les questions d'orientation sexuelle et de transidentité faisaient partie des motifs de discrimination prohibés (CEDH, 21 octobre 2010, M... v. Portugal, n° 33290/96, § 28 ; CEDH, 30 novembre 2010, P.V. v. Spain, N° 35159/09, § 30).

Pour justifier une différence de traitement entre deux personnes placées dans une situation comparable, il doit être démontré que la discrimination ainsi créée poursuit un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (CEDH, 24 juin 2010, N... et O... c/ Autriche, § 96).

En la cause, deux questions se posent donc :

— L'application de la loi française conduisant à privilégier le sexe dit biologique (avec toutes les réserves que nous avons vues supra sur les intersexués, en particulier), et en tout cas le sexe de la conception (qui elle ne peut venir que du rapprochement naturel ou artificiel du masculin et du féminin), et à désigner comme "père" une femme à l'état civil (ou comme "mère" un homme à l'état civil qui a accouché) porte-t-elle une atteinte disproportionnée au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale ou existe-t-il une marge d'appréciation et des raisons d'hésiter, comme le dit la DACS dans sa consultation ?

— La loi française porte-t-elle également une atteinte au droit du parent transgenre à ne pas être discriminé en raison de son orientation sexuelle ?

- Sur l'atteinte aux droits de l'enfant :

Il peut être soutenu que la désignation dans son acte de naissance du déterminant du parent dans la fonction de reproduction qui a contribué à sa conception n'est pas une atteinte à son droit à la vie privée puisque cette mention lui permet d'avoir accès précisément à ses origines et à la vérité de son histoire, éléments fondamentaux dans sa construction identitaire. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a jugé la Cour fédérale allemande dans une décision du 6 septembre 2017 (XII ZB 660/14), qui fait l'objet d'un recours devant la Cour EDH : *"L'Allemagne n'a pas outrepassé la marge d'appréciation laissée aux Etats en assignant à un enfant né ou conçu par une personne transsexuelle après le changement de sexe légal soit comme "père", soit comme "mère", le sexe correspondant à la fonction de reproduction et non le sexe légalement attribué au parent."*

Par ailleurs, une telle désignation dans l'acte de naissance de l'enfant pourrait préserver le droit à la vie familiale de cet enfant lorsque, comme en l'espèce, le changement de sexe d'un des deux parents est intervenu alors que la famille comportait déjà d'autres enfants. Notre droit interne prévoit que la filiation des enfants nés avant le changement de sexe à l'état civil n'est pas modifiée (C. civ., art. 61-8), mais ne dit rien sur la situation des enfants nés après ce changement.

Pourquoi alors faudrait-il admettre que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale soit différente dans les deux cas et pourquoi ne pas favoriser au contraire l'unité dans les actes de naissance de tous les enfants (même désignation des parents) et dans le nom des enfants, puisqu'il s'agit des deux mêmes parents au sens génétique du terme ?

Cependant, on voit bien que ce raisonnement comporte des limites puisque, pour les trois enfants du couple X...-Y..., l'identité de l'un des parents a évolué de sorte que la différence de traitement entre eux provient du cadre légal qui ne reconnaît pas les effets du changement d'identité sexuelle de leur père (au sens du donné masculin) sur leur propre identité.

Peut-on alors véritablement raisonner comme si chacun des membres de la famille était un être abstrait, un pur porteur de droits théoriques, tout seul ? Dans l'acte d'engendrer le troisième enfant de la famille X...-Y..., sont intervenus Mme Y... et Mme X..., cette dernière ayant conservé alors son appareil reproductif et étant devenue une femme. Il en est issu un enfant commun, dans une famille qui comptait déjà deux autres enfants. Cette simple constatation de fait démontre à elle seule que l'appréciation de la situation concrète de l'enfant D... ne peut être envisagée que dans sa relation avec Mme X... avec les autres membres de sa famille et, de manière générale, avec les autres dans la société dans laquelle vit la famille.

En conséquence, l'intérêt de cet enfant, entendu comme le plein exercice de ses droits fondamentaux, implique de considérer son droit d'avoir deux parents et pas seulement deux géniteurs, d'être élevé et de vivre avec eux une vie privée et familiale qui leur convienne et permette à chacun d'accéder aux voies de l'épanouissement (Cide, art. 3 §1 et 7). A cet égard, il est primordial de prendre en compte les conséquences pour lui du déni de ses parents, ou de l'un d'eux, déni qui, en les privant de leur identité, leur ôte une part essentielle. Comment en effet ignorer le dommage qui lui serait alors fait ? Les travaux anthropologiques menés à ce jour, pour partie exposés précédemment, ont en tout cas montré que le nom, l'identité qui marque la filiation et l'intégration dans le groupe, est l'élément fondamental qui constitue la personne en tant qu'être social.

En tout état de cause, sous l'angle des droits de l'enfant, il ne nous apparaît pas admissible de privilégier, dans le cas d'espèce, exclusivement la fonction reproductive de Mme X... au détriment du deuxième terme de la relation nouée entre l'enfant et elle, et au-delà entre l'enfant et l'ensemble de la famille. La fonction reproductive ne fait ici l'objet d'aucune contestation et le lien de filiation entre Mme X... et D... en résulte. Mais qu'en est-il de la reconnaissance sociale de la nouvelle identité de Mme X... ?

- Sous l'angle de la discrimination à l'égard de cette nouvelle identité, l'atteinte portée par la loi française est-elle disproportionnée ? Et le traitement réservé à Mme X... et à sa fille est-il différent de celui fait à des personnes placées dans des situations comparables ?

Il peut être soutenu, comme dans l'avis du CCNE, que Mme X... *“a elle-même conçu l'enfant en ne pouvant ignorer que la différence entre son identité de genre et son identité sexuelle faisait d'elle le père biologique. Peut-elle s'affranchir de la situation qu'elle a ainsi créée en pleine connaissance de cause pour revendiquer un lien de nature différente ?”*.

Il apparaît néanmoins d'évidence que le traitement réservé à Mme X... est différent de celui d'une mère d'intention dans les conventions de GPA du fait de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation (Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053, publié, et 1^{ère} Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-11.815 et pourvoi n° 18-12.237,

publiés). Et ce alors même que l'enfant est, en la cause, un enfant engendré par deux parents qui n'ont enfreint aucune interdiction.

Il est différent aussi des règles applicables, dans l'adoption plénière, au conjoint de même sexe que le parent de l'enfant, dès lors que les conditions de l'adoption plénière sont par ailleurs réunies (1^{ère} Civ., 7 mars 2018, pourvoi n° 17-70.039, avis n° 15003 ; 1^{ère} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, n° 16-16.901 et 16-50.025).

Il est différent encore des hypothèses envisagées dans la loi de bioéthique pour l'AMP entre femmes qui permettent à deux femmes de devenir les mères de l'enfant ainsi conçu.

Nous sommes, en l'espèce, dans une configuration dans laquelle l'enfant ne peut pas voir reconnaître son lien de filiation avec l'un de ses parents en raison de la nouvelle identité sexuelle de celui-ci à l'état civil. Les rubriques "père" et "mère" dans son acte de naissance ne sont pas totalement remplies de ce fait, alors même que les dispositions des articles 62 et 316 du code civil sur la reconnaissance de paternité ou de maternité permettent une ouverture, en particulier sur le caractère divisible de la filiation, ce qui permettrait de surmonter l'obstacle de l'article 320 du même code.

Certes, il pourrait encore être opposé qu'en application de l'article 311-25 du code civil, *"la filiation est établie, à l'égard de la mère, par désignation de celle-ci dans l'acte de l'enfant"* et qu'en l'espèce Mme Y..., qui a accouché de l'enfant D... est désignée dans l'acte de naissance de l'enfant. Il pourrait être objecté l'application du "principe chronologique" consacré par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, et la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 (C.C., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC) selon laquelle les dispositions de l'article 320 du code civil font obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant. D'autant que cette décision a été confirmée par un avis de votre chambre du 7 mars 2018 relatif à la possession d'état au sein des couples de même sexe (Avis, 7 mars 2018, n° 17-70.039, Bull. 2018, Avis, n° 2).

Cependant, une telle analyse conduirait à une impasse d'autant moins acceptable que le projet de loi de bioéthique tel que voté en première lecture à l'Assemblée Nationale ouvre l'AMP aux couples de femmes et crée bien une double filiation maternelle par reconnaissance conjointe devant le notaire lors du recueil du consentement à l'AMP avec tiers donneur. L'adoption le permettrait également, mais elle est refusée par Mme Y... ainsi que l'ont relevé les premiers juges. Peut-on alors enfermer le parent intersexe, et l'enfant qui en est issu, dans une impasse qui consisterait à refuser de transcrire la conséquence de la nouvelle identité de femme dans l'acte de naissance de l'enfant, sauf si ce parent et son conjoint qui a accouché acceptent l'adoption de leur propre enfant ?

Il nous apparaît que la recherche d'une solution qui puisse préserver par priorité les droits de l'enfant, en ce compris l'absence de discrimination de l'un de ses parents, suppose de ne pas enfermer votre questionnement dans la seule problématique de la création d'un lien de filiation selon les conditions posées par notre droit interne mais bien de considérer le caractère divisible de la filiation.

La solution préconisée

Compte tenu de l'ensemble de ces observations, nous considérons que la désignation,

dans l'acte de naissance de l'enfant, d'un sexe du parent contraire à celui figurant dans l'acte d'état civil de ce même parent porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, alors même d'une part, que les deux parents sont les parents génétiques, que d'autre part, dès sa naissance l'enfant avait deux femmes comme parents et qu'en troisième lieu, cette situation correspond à la réalité de son vécu, de celui de chacun de ses parents et de ses frères.

S'il est incontestable que c'est bien une fonction reproductive masculine qui est à l'origine de la conception de l'enfant et qui crée le lien juridique, dans le cas présent, entre Mme X... et l'enfant D..., la désignation du parent dans l'acte de naissance de l'enfant doit être réalisée suivant les règles propres à l'Instruction générale d'état civil³⁵ qui ne comporte que deux rubriques, mère et père, doit prendre en compte la réalité de l'état civil de chacun des parents. **En conséquence, et en l'espèce, Mme X... étant d'un sexe féminin reconnu par jugement du 3 février 2011, et une mention de son acte d'état civil en attestant, elle doit figurer sur l'acte de naissance de sa fille en qualité de mère. L'indication ainsi portée sera celle du parent dans le genre qui correspond à son état civil.**

Comme le suggère la DACS, dans la consultation précitée, cette distinction entre le genre de la filiation et sa désignation dans les actes de l'état civil, devra être accompagnée d'une mention sur le changement de sexe à l'état civil de Mme X..., en vertu d'un jugement du 3 février 2011, dans la rubrique consacrée aux événements relatifs à la filiation dans l'acte de naissance de l'enfant. Cette mention permettra à l'enfant d'avoir accès à la réalité de ses origines et est, en outre, nécessaire pour ne pas méconnaître les dispositions de l'article 320 du code civil. Nous sommes en présence d'une procréation charnelle et, à défaut de cette mention spécifique, l'acte désignerait deux mères, alors qu'il ne s'agit ni d'une filiation résultant d'une adoption (droit positif actuel) ni d'une filiation résultant d'une AMP réalisée par un couple de femmes (projet de loi de bioéthique en cours de discussion).

Cette solution est en outre de nature à respecter les repères de l'enfant, dont la conception, comme celle de ses frères, est issue de Mme Y... et de Mme X..., précédemment M. F... X... avant le changement de sexe intervenu le 11 février 2011.

Nous concluons donc, en la présente espèce, à la transcription, sur les registres de l'état civil, de sa reconnaissance de maternité à l'égard de l'enfant D... Y....

En revanche, la demande de l'administrateur ad hoc tendant à ce que le changement de nom à l'état civil de l'enfant D... Y...-E... soit ordonné pour qu'elle soit désormais dénommée D... X..., comme ses frères, n'est pas recevable dans le cadre de ces pourvois.

³⁵ Voir note 13, supra