

Paris, le 28 juin 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-149

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8 et 14, ainsi que le Protocole n°16 à la Convention ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, notamment les articles 3 § 1, 7 et 8 ;

Vu la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle ;

Vu le code civil, notamment ses articles 61-5, 61-6, 61-8, 310, 312, 320 ;

Saisi pour avis par l'avocat général près la Cour de cassation dans le cadre de l'examen d'un pourvoi actuellement pendant devant la 1^{ère} chambre civile, sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation d'un enfant né d'un couple marié, dont l'un des parents a obtenu préalablement à sa naissance, la modification de son sexe à l'état civil.

Décide de présenter les observations suivantes.

Jacques TOUBON

Observations du Défenseur des droits sur demande d'avis l'avocat général près la Cour de cassation

Le 6 mai 2019, l'avocat général près la Cour de cassation a sollicité l'avis du Défenseur des droits dans le cadre de l'examen d'un pourvoi actuellement pendant devant la 1^{ère} chambre civile.

La demande d'avis porte sur la reconnaissance dans l'ordre juridique interne du lien de filiation d'un enfant né d'un couple marié, dont l'un des parents a obtenu préalablement à cette naissance, le changement de son sexe à l'état civil.

FAITS

Les faits d'espèce concernent un couple hétérosexuel marié ayant donné naissance à deux enfants en 2000 et 2004. Par une décision de justice du tribunal de grande instance du 3 février 2011, le mari, Monsieur X., a obtenu la modification de la mention de son sexe à l'état civil, sans avoir subi une opération chirurgicale de réassignation de ses organes génitaux et est devenu Madame Y.. A l'occasion de la naissance du troisième enfant du couple, Madame Y. a effectué devant notaire une reconnaissance prénatale de maternité « non gestatrice », le 14 mars 2014.

Madame Y. a demandé qu'il soit porté mention de la reconnaissance de « maternité non gestatrice » établie devant notaire sur l'acte de naissance de l'enfant. Elle s'est vu opposer un refus au motif que « *la transcription demandée doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi interdirait* ».

Madame Y. a contesté ce refus en assignant le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Montpellier. Par un jugement du 22 juillet 2016, le tribunal a rejeté sa demande aux motifs notamment que :

*La création d'un être humain procède de la rencontre d'un ovocyte (principe féminin) et d'un spermatozoïde (principe masculin) et qu'il est donc impossible que deux personnes du même sexe soient les parents biologiques d'un enfant ;
(...) que la filiation en ce qui concerne la maternité est une réalité biologique « qui 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 » ;
(...) que par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique, [l'intéressée] 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.*

L'intéressée a interjeté appel de cette décision. Par un arrêt du 14 novembre 2018, la cour d'appel de Montpellier a infirmé le jugement rendu en première instance en ordonnant que soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant, avec les nom et prénoms de la demanderesse, la mention « *parent biologique* » emportant toutes les conséquences rattachées à cette mention quant à l'autorité parentale.

A titre liminaire, la cour a observé le « *vide juridique quant au droit applicable à la situation particulière de [la demanderesse]* » et les « *lacunes* » de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la Justice du XXI^e siècle.

Puis, exerçant un contrôle de proportionnalité aux visas des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) et 3§1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE), la cour a pris le soin de détailler les différentes modalités d'établissement de la filiation applicables au présent cas d'espèce.

Considérant que la filiation ne peut être établie ni par la voie de l'adoption en raison du refus de l'épouse de la demanderesse, ni par le biais de la présomption de paternité au risque de nier l'identité de genre de Madame Y., ni enfin par la transcription de la reconnaissance prénatale de maternité non gestatrice ce qui « *aurait pour effet de nier toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle* », la cour consacre l'existence d'un lien de filiation non généré reposant sur une réalité biologique.

DISCUSSION

1. Les lacunes du droit de la filiation en cas de changement de sexe d'un parent antérieurement à la naissance d'un enfant

1.1. L'évolution de la procédure de changement de sexe à l'état civil

Aux termes de l'article 8 de la Conv. EDH « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* », ce qui inclut la liberté des personnes de définir leur identité de genre, reconnue comme « *l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination* »¹.

Selon une position constante de la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH »), cette liberté est « *l'un des aspects les plus intimes de la vie privée* » et « *l'aspect fondamental du droit au respect de sa vie privée* ».²

Le droit au respect de la vie privée n'est toutefois pas absolu, la Conv. EDH permettant une ingérence dans l'exercice de ce droit, à la condition que celle-ci soit prévue par la loi et poursuive un but légitime, tout en respectant « *un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »³.

Dans un arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002⁴, la Cour EDH a reconnu, à ce titre, que l'on pouvait raisonnablement attendre des Etats qu'ils acceptent « *certaines inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles* », sauf à démontrer « *des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public* ». La Cour de Strasbourg a ainsi jugé que le refus par un Etat partie de reconnaître légalement une conversion sexuelle complète constituait une violation de l'article 8 de la Conv. EDH et ne pouvait pas être justifié par une ingérence légitime.

Si dans ses arrêts *B. c. France*⁵ et *Van Kück c. Allemagne*⁶, la Cour EDH a relevé que la détermination manifeste des personnes transgenres ayant entrepris une opération chirurgicale

¹ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. 35968/97 ; CEDH, 10 mars 2015, *YY c. Turquie*, req. 14793/08, §102.

² CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne* ; CEDH, 10 mars 2015, *YY c. Turquie*, arrêts précités.

³ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴ CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. 28957/95.

⁵ CEDH Plén., 25 mars 1992, *B.c.France*, req. 13343/87.

⁶ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, arrêt précité.

pouvait constituer un « *élément assez important pour entrer en ligne de compte, [...] sur le terrain de l'article 8* », elle a affirmé que « *le respect dû à l'intégrité physique s'opposerait à ce qu'(elles) doiv(ent) se soumettre à ce type de traitements* »⁷.

Dans son arrêt de chambre du 6 avril 2017, et tout en relevant qu'il existe une **tendance à l'abandon de cette condition de stérilisation**, tant dans les droits des États parties à la Convention qu'en droit international⁸, la Cour EDH a considéré que :

« le rejet de la demande (des requérants) tendant à la modification de leur état civil au motif qu'ils n'avaient pas établi le caractère irréversible de leur apparence, c'est-à-dire d'avoir démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'Etat défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée ».

La Cour EDH a ainsi jugé que l'obligation de stérilisation posée par les juridictions françaises comme marqueur d'irréversibilité pour voir reconnaître juridiquement l'identité de genre constituait un manquement par l'Etat à son obligation positive de garantir le droit des personnes au respect de leur vie privée et, partant, une violation de l'article 8 de la Conv. EDH.

Ainsi, dans un souci de simplification, et à l'aune de la jurisprudence européenne, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle a instauré un cadre légal au changement de la mention du sexe à l'état civil, par l'introduction des articles 61-5 et 61-6 du code civil.

Il ressort désormais de la lecture combinée des articles susvisés que la personne demanderesse doit apporter la preuve par tous moyens d'un changement de l'identité sexuée au jour de la demande « *par une réunion suffisante de faits* » pour fonder la conviction du juge, en écartant toutefois toute condition médicale.

1.2. 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

Toutefois, si le Défenseur des droits salue la démedicalisation de cette procédure et 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 »* »⁹, il constate que la loi du 18 novembre 2016 demeure silencieuse quant à l'incidence d'un changement de sexe intervenue antérieurement à une naissance.

En effet, si l'article 61-8 du code civil précise que 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* », aucune disposition spéciale relative à la déclaration à l'état civil d'un enfant né postérieurement au changement juridique de sexe de l'un de ses parents n'a été prévue par la loi du 18 novembre 2016.

Avant même l'entrée en vigueur de la loi, la doctrine avait déjà souligné cette difficulté.

⁷ CEDH, 10 mars 2015, *YY c. Turquie* §119, arrêt précité.

⁸ CEDH, 6 avril 2017, *AP, Garçon et Nicot c. France*, req. 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §124 et 125.

⁹ F.Vialla/JP.Vauthier, « Père, mère, parent (biologique) : rayer la/les mention (s) « inutiles », *La semaine juridique* – édition générale n°5, 4 février 2019.

A. Marais avait ainsi relevé qu'en « *l'absence d'opération de conversion sexuelle, il n'est pas exclu que le transsexuel, après avoir obtenu son changement juridique de sexe, procrée dans son sexe d'origine* », que « *le Parlement, en omettant de fixer les règles de la filiation applicables à la suite d'un changement de sexe, reporte sur le juge le soin de les déterminer* », et que « *ce faisant, le législateur s'est 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* »¹⁰.

A la suite du contrôle de constitutionnalité du projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et de la décision du Conseil Constitutionnel¹¹ qui relève la conformité de l'article 56 de la loi à la Constitution, B. Moron-Puech s'était interrogé également sur les difficultés d'application dans l'avenir de cette nouvelle loi quant aux règles du droit de la filiation dans l'hypothèse où un enfant serait engendré « *à l'aide d'un gamète associé au sexe qui était anciennement inscrit à l'état civil de la personne du géniteur* »¹².

A l'instar de A. Marais, il rappelait que les modes d'établissement de la filiation variaient selon le sexe des parents, la mère étant désignée par son accouchement selon la règle du « *mater semper certa est* » aux termes des articles 311-25 et 325 alinéa 2 du code civil, la paternité étant présumée à raison du mariage au visa de l'article 312 du code civil.

Les règles de la filiation telles qu'elles sont traduites dans le code civil demeurent fidèles à une logique binaire, homme/femme. L'article 310 du code civil introduisant le titre VII du code civil « De la filiation » prévoit ainsi expressément que « *tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère* ».

Dans le cas d'espèce, la corrélation entre le sexe juridiquement reconnu et la qualité de père et mère dans l'état civil de l'enfant est remise en question. Les faits présentés à la Cour interrogent les représentations dites « classiques » de la parenté, et les règles du droit de la filiation « *construites à une époque où les notions de sexe, de genre, d'expression de genre ou d'identité de genre n'étaient pas distinguées* »¹³.

Fort de ce constat, la doctrine s'accorde à dire que le droit de la filiation se révèle « inefficace » et nécessite d'être réformé pour répondre à ces nouvelles formes de parentalité.

1.3. La nécessité de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à l'identité

Le silence des pouvoirs exécutifs et législatifs place l'enfant des requérantes dans une situation d'incertitude juridique ce qui apparaît susceptible d'aller à l'encontre du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés par la Conv. EDH et la CIDE.

Dans une jurisprudence constante, la Cour EDH considère au visa de l'article 8 de la Convention que le droit au respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation¹⁴. Ce principe doit s'appliquer à tous les enfants quels que soient leur mode de conception et leurs conditions de naissance ou toute autre situation, conformément à l'article 14 de la Conv. EDH qui garantit la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention.

¹⁰ A. Marais, « Le sexe (si) que je veux, quand je veux ! », *La semaine juridique*, Edition générale n°45, 7 novembre 2016.

¹¹ Conseil constitutionnel, décision n°2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹² B. Moron-Puech, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel : une rencontre manquée », *RDLF* 2016, chron. n°28.

¹³ B. Moron-Puech, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », *RDLF* 2018, chron. n°26.

¹⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. 65192/11, §96 ; *Labassee c. France*, req. 65941/11, §75.

Le droit à l'identité des enfants est également garanti par la CIDE en son article 8, lequel dispose que les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, tel qu'il est reconnu par la loi sans ingérence illégale. Si un enfant est privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance (...), l'intégration de l'enfant dans sa famille* »¹⁵.

En outre, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, y compris celles relatives à la filiation, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être une considération primordiale, aux termes de l'article 3§1 de la CIDE. L'intérêt supérieur de l'enfant est intégré comme norme de référence par la Cour EDH¹⁶, « *les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants devant s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant* »¹⁷. Depuis un arrêt de principe du 18 mai 2005¹⁸, la Cour de cassation juge que l'article 3§1 de la Convention de New York est d'application directe devant les juridictions françaises.

La CIDE, en son article 7, reconnaît par ailleurs à l'enfant « *le droit de connaître ses parents et d'être éduqué par eux* ». En 2016, le Comité des droits de l'enfant a ainsi recommandé à la France de « *prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques* »¹⁹.

La Cour EDH souligne à ce titre l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'établissement de l'identité de chacun, et affirme qu'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 la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance*²⁰ ».

Dans le présent cas d'espèce, et au visa des normes internationales et de la jurisprudence européenne, il est manifeste qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de voir son lien de filiation établi pleinement à l'égard de ses deux parents, ce d'autant qu'il n'est nullement contesté que la requérante est biologiquement le parent de l'enfant. En outre, et indépendamment de cette réalité dite 'biologique', le défaut de lien de filiation à l'égard de Madame Y. place aujourd'hui l'enfant dans une situation d'inégalité face à ses frères, nés de l'union des mêmes parents avant le changement d'état civil de Madame Y.

La cour d'appel de Montpellier relève justement cette difficulté, l'absence de reconnaissance de la filiation pouvant affecter ses droits successoraux par rapport aux deux autres enfants du couple, et le privant ainsi d'un « *élément lié à l'identité filiale* ». S'y ajoutent les conséquences au regard des conditions d'exercice de l'autorité parentale.

Le Défenseur des droits rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant suppose que ce dernier soit rattaché juridiquement à ses deux parents, afin qu'il puisse bénéficier de la protection et de

¹⁵ CEDH, 27 oct. 1994, *Kroon & autres c. Pays-Bas*, req. 18-535-91 § 32, V. aussi arrêts précités §119.

¹⁶ V. notamment CEDH, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. 39472/07 & 39474/07 §§139-141.

¹⁷ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner & J.M.WL c. Luxembourg*, req.76240/01 §120.

¹⁸ CCass.1^{re} civ., 18 mai 2005, pourvoi 02-20.613, V. aussi 1^{re} civ., 13 juillet 2005, pourvois 05-10.519 et 05-10.521.

¹⁹ Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, avril-mai 2016.

²⁰ CEDH, *Menesson c. France*, arrêt précité, §100.

l'éducation du couple parental, de la stabilité des liens familiaux et affectifs, et d'une intégration complète dans sa famille.

Pour atteindre cet objectif, le cas d'espèce implique de s'interroger sur les différentes modalités d'établissement de la filiation à l'égard de l'enfant et d'envisager des solutions juridiques en adéquation avec les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant, tout en préservant le droit à l'identité du parent trans.

2. Les différentes solutions juridiques en adéquation avec l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante

2.1. L'adoption

Si l'adoption de l'enfant par la requérante aurait le mérite de lui établir un lien de filiation avec l'enfant en qualité de mère à l'instar des couples de femmes dont l'enfant est né d'une procréation médicalement assistée à l'étranger²¹, ce mode d'établissement de la filiation n'a pas vocation à établir un lien de filiation entre un parent et son enfant biologique. En effet, l'adoption est génératrice d'une filiation élective qui repose « *sur la présomption d'une réalité non pas biologique mais affective* »²², et qui paraît donc incompatible avec une filiation reposant sur la vérité biologique préexistante.

En l'espèce, il n'est pas contesté que Madame Y. est le parent biologique de l'enfant.

La cour d'appel de Montpellier a ainsi relevé que la voie de l'adoption contreviendrait à l'intérêt supérieur de l'enfant de se voir reconnaître, à l'égal de ses frères, la réalité du lien de filiation biologique, l'unissant à son parent trans.

La Cour EDH affirme à ce titre que « *le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée* »²³. Sur ce point, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'il « *n'est pas de l'intérêt supérieur de l'enfant (...) de dissimuler sa filiation biologique et de (le) faire vivre dans un mensonge portant sur un élément essentiel de son histoire* »²⁴.

De même, certains membres de la doctrine s'accordent à dire que le « *principe de l'unité de la fratrie dans le champ du nom de famille* » prévu à l'article 311-21 du code civil aurait vocation à « *s'opposer à ce que des enfants biologiquement issus des mêmes parents aient des filiations de nature différente* ».

Le Défenseur des droits constate ainsi que la voie de l'adoption, outre que celle-ci est rendue juridiquement impossible en raison du refus de l'épouse de Madame Y., serait susceptible de créer pour l'enfant un traitement différencié au sein de sa fratrie en raison des circonstances même de sa naissance et de provoquer une situation d'insécurité juridique attentatoire au droit au respect de sa vie privée si au cours de la procédure judiciaire le couple venait notamment à se séparer.

²¹ Cass. avis, 22 sept. 2014, req. 14-70.006 et 14-70.007.

²² J. Carbonnier, *La famille*, PUF, 20e éd., 1995, p. 337.

²³ CEDH, 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, req.58757/00, §37.

²⁴ CCass. Civ.1^{re}, 7 novembre 2018, req 17-26.445.

2.2. La présomption de paternité et la transcription du sexe d'origine du parent

La cour d'appel de Montpellier rappelle que le droit de la filiation offre la possibilité à la requérante, tout en conservant sa nouvelle identité, de se voir reconnaître comme le parent biologique de l'enfant. Détachant ainsi la parenté du sexe juridique du parent, cela reviendrait à « assigner à chacun la filiation qui découle de son sexe d'origine »²⁵.

Elle juge toutefois que le respect au droit à la vie privée de l'intéressée protégée par l'article 8 de la Conv. EDH exclut qu'on puisse lui imposer une présomption de reconnaissance de paternité. Aux vises de cet article et de la jurisprudence de la Cour EDH, il n'est désormais plus contestable que l'identité sexuelle d'une personne est inhérente à sa vie privée, qu'elle peut ne plus correspondre à son sexe de naissance et qu'il convient de protéger cette identité en lui permettant de changer de sexe.

La cour d'appel ajoute qu'un « retour à l'ancien sexe même par le détour limité au rétablissement de la présomption de paternité, reviendrait en effet 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 vie privée, 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 ».

Elle infirme ainsi le positionnement des juges de première instance qui suggéraient que la personne « ayant par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique (...) fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, elle doit en assumer les conséquences, à savoir (...) procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine ».

Cela revenait à dire que le fait d'engendrer un enfant, à l'aide d'un gamète associé au sexe qui était anciennement inscrit à l'état civil de la personne du géniteur entraînerait *de facto* la caducité totale du changement de sexe.

A. Marais, lors de son audition par la Commission des lois du Sénat, le 8 juin 2016, avait d'ailleurs préconisé cette solution, précisant qu'une « personne qui aurait changé d'état civil mais aurait procréé dans son sexe d'origine soit automatiquement rétablie à l'état civil dans son sexe d'origine »²⁶.

Interrogeant les règles de la filiation sous l'angle de la caducité partielle du changement, S. Paricard²⁷ souligne que l'inscription de la filiation dans le sexe d'origine du parent pourrait être une solution cohérente avec les dispositions de la loi du 18 novembre 2016 régissant la filiation des enfants nés antérieurement au changement de sexe, ceux-ci ne voyant pas le sexe de leur parent modifié sur leur acte de naissance, mais seulement le prénom de celui-ci²⁸. Cela permettrait, selon elle, que « les enfants du transsexuel qu'ils soient nés avant ou après le changement de sexe, [établissent] ainsi un lien de filiation semblable avec leur parent sans considération pour son identité de genre, qui lui est propre, mais en vertu de la seule vertu biologique ».

²⁵ H. Fulchiron, « Homme-mère, femme-père », *Droit de la famille*, janvier 2019.

²⁶ Compte rendu de la Commission des lois – mercredi 8 juin 2016 – audition de A. Marais : <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160606/lois.html#toc4>.

²⁷ S. Paricard, « Vers un droit spécial de la filiation », *Recueil Dalloz*, 2018, p.75

²⁸ V. 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^e siècle concernant les procédures judiciaires de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil – NOR : JUSC1709389C.

Elle précise que « *l'acte de naissance en tant que réceptacle de l'histoire juridique de la personne remplirait là toute sa fonction, rappelant cet état antérieur, tandis que le changement de sexe serait propre à l'histoire personnelle de chacun conformément au principe même de l'identité de genre, et n'altérerait pas la vérité du lien de filiation par le sang* ».

B. Moron-Puech partage ce positionnement considérant que cette solution serait « *parfaitement conforme à l'intérêt de l'enfant puisque sa filiation d'une part sera établie et d'autre part le sera d'une manière en tout point identique à celle de ses frères et sœurs* ».

C'est cette solution que les juridictions allemandes ont adoptée, alors même qu'aucune disposition spéciale n'est prévue, à l'instar des faits qui nous occupent aujourd'hui.

La Cour fédérale de justice allemande²⁹ considère ainsi que les droits fondamentaux de la personne transsexuelle ne sont pas violés par la loi en vigueur qui lui attribue le statut légal de parent selon son sexe antérieur et sa contribution spécifique à la procréation. Les juges allemands distinguent ainsi la notion de « sexe », génétique et physiologique, objectif et immuable, mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant, et la notion de « genre », psychologique et social, subjectif et variable, mentionné dans l'acte de naissance du parent.

Il s'agissait en l'espèce d'une requérante née de sexe masculin, dont les gamètes préalablement congelés, avaient été utilisés quelques années plus tard dans le cadre d'une procréation médicalement assistée. Sa partenaire qui a donné naissance à un enfant a été légalement reconnue comme étant la mère de l'enfant. La requérante a demandé en vain au bureau d'enregistrement des naissances à ce qu'elle soit reconnue comme étant la (deuxième) mère et non comme étant le père de l'enfant. Le tribunal a confirmé ce refus, et la cour fédérale a rejeté la requête de l'intéressée, estimant que le changement de sexe d'une personne laisse intact la relation juridique qu'elle a avec ses enfants.

Dans une autre affaire intervenue préalablement³⁰, la Cour fédérale de justice avait également amorcé cette réflexion en estimant qu'une personne trans ayant fait reconnaître sa conversion sexuelle du genre féminin au genre masculin et qui avait accouché d'un enfant à la suite d'une insémination artificielle, était « *juridiquement la mère de l'enfant* », en dépit de son changement de sexe, ce qui impliquait alors que l'acte de naissance la mentionne sous le prénom féminin qu'elle possédait avant son changement de sexe.

Madame Jessina Heun³¹, avocate berlinoise spécialisée dans le droit administratif lié aux personnes trans, a précisé que « *la Cour fédérale de justice s'est contentée de présenter formellement la législation, dans sa lettre, son esprit et ses fins* » : « *si d'un côté, selon la loi relative aux personnes transsexuelles, après un changement de prénom et d'état civil, il faut appeler cette personne par son nouveau prénom, de l'autre, cela ne vaut pas pour l'acte de naissance de l'enfant. Le législateur a, sur ce point précis, décidé que tout ce que l'on entreprend en matière de changement de nom et d'état civil implique des modifications juridiques dans tous les domaines, à l'exception des droits de l'enfant, qui, eux, doivent demeurer intacts* ». L'Allemagne dispose en effet d'une loi relative « au changement de prénom et à la détermination de l'appartenance sexuelle dans des cas particuliers » ou loi relative aux personnes transsexuelles (*Transsexuellengesetz*), qui précise dans son article 11 que « *la décision (qui dispose) que le requérant doit être considéré comme appartenant à un*

²⁹ Bundesgerichtshof, 29 nov. 2017, n°ECLI :DE :BGH :2017 :291117BXIIIZB459.16.0.

³⁰ Bundesgerichtshof, 6 sept. 2017, n°ECLI :DE :BGH :2017 :060917BXIIIZB660.14.0.

³¹ Source : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/allemande-cour-federale-de-justice-face-aux-questions-de-genre#.XPpfWYyA6_IU.

autre genre que celui qui lui était assigné à la naissance ne modifie pas le rapport juridique entre le requérant et ses parents et entre le requérant et ses enfants ».

Cette affaire est actuellement pendante devant la Cour EDH, sur le fondement combiné des articles 8 et 14 de la Conv. EDH³².

Cette solution prônée par la juridiction allemande pourrait être envisagée et transposée au présent cas d'espèce. A l'instar de ce qu'a indiqué la cour d'appel de Montpellier, elle aurait le mérite de « traduire la réalité d'une situation complexe » et de permettre à l'enfant d'accéder à une filiation par le sang au même titre que sa fratrie.

Cela ne serait pas toutefois pas sans poser difficulté au regard du principe d'opposabilité des rectifications des actes d'état civil et du respect de la vie privée de Madame Y. au visa de l'article 8 de la Convention.

Comme le relèvent L. Brunet et P. Reigné, admettre la présomption de paternité reviendrait à priver d'effet le « principe d'opposabilité erga omnes des rectifications d'état civil » prévu à l'article 100 du code civil. Aux termes de cet article « Toute rectification ou annulation judiciaire ou administrative d'un acte est opposable à tous à compter de sa publicité sur les registres de l'état civil », ce qui signifie *in concreto* que la personne appartient juridiquement à son nouveau sexe à compter de son inscription sur les registres de l'état civil.

Le changement de sexe de la requérante à l'état civil n'est en l'espèce pas méconnu, celui-ci étant intervenu près de 3 ans avant la naissance de l'enfant. Dans l'hypothèse où la filiation de cet enfant serait ainsi établie par le biais de la présomption de paternité, la question de la publicité de cet acte à l'égard des tiers au visa de l'article 100 précité devra être envisagée, particulièrement si, à l'exemple de la solution allemande, l'acte de naissance qualifiait la requérante de « père » et qu'elle était identifiée sous ses prénoms masculins.

L'articulation entre les actes d'état civil rectifiés du parent et l'acte de naissance de l'enfant n'est pas prévue expressément par la loi dans le cas d'espèce. Pour B. Moron-Puech, il serait nécessaire de procéder a posteriori à une modification des mentions inscrites sur l'acte de naissance du troisième enfant, au travers d'une « action en modification sui generis »³³.

Il estime en tout état de cause que qualifier la requérante sur l'acte de naissance de l'enfant « de « père » alors qu'elle a une identité et une expression de genre féminine serait attentatoire à sa vie privée » et « révélerait aux tiers qu'elle est une personne transgenre ».

Le Défenseur des droits estime ainsi que si la présomption de paternité permettrait à l'enfant d'accéder à une filiation par le sang en concordance avec celle de sa famille, la dissociation entre le sexe juridique du parent et sa fonction dans l'engendrement de l'enfant serait attentatoire au regard du respect du droit de la vie privée de la requérante au visa de l'article 8 de la Conv EDH.

2.3. La reconnaissance d'une parenté non genrée sur l'acte d'état civil de l'enfant

Considérant que le lien de filiation avec l'enfant ne peut dès lors être établi ni par le biais de l'adoption, ni par le jeu de la présomption de paternité, la cour d'appel de Montpellier est venue faire « œuvre créatrice » en ordonnant que la mention « parent biologique » soit portée sur l'acte de naissance de l'enfant.

³² O.H. et G.H. c. Allemagne, req. 53568/18 - 54941/1, Communiqué du 06/02/2019.

³³ B.Moron-Puech, « Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques », précité.

La cour d'appel de Montpellier a ainsi considéré que :

« seule la mention sur l'acte de naissance de [l'enfant] de Madame (Y.) comme parent « biologique » [est] de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie la réalité de sa filiation biologique avec le droit de Madame (Y.) de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant et le droit au respect de sa vie privée consacré par l'article 8 de la Convention, 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 (Y.) et son enfant »

La solution adoptée par la cour d'appel de Montpellier a suscité de nombreuses critiques, bien qu'elle traduise *« la réalité biologique, sans toucher aux modes d'établissement sexospécifiques du droit français »*³⁴.

La doctrine s'accorde toutefois à dire que cette mention « parent biologique » ne permet pas de concilier l'intérêt supérieur de l'enfant, son droit au respect de la vie privée et celui de sa parente.

« Cette 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 » contraindra au contraire l'enfant 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 »*³⁵.

Selon V. Deschamps³⁶, recourir à une telle notion dans un acte de naissance introduit un risque de confusion entre la filiation – lien de droit devant être légalement établi – et la parenté – lien de fait devant être prouvé pour permettre l'établissement de la filiation.

La transcription d'une telle mention dans l'acte d'état civil serait susceptible, de par son caractère inédit, d'être discriminatoire, en ce qu'elle entraînerait pour le parent trans un traitement différencié avec les parents ayant engendré dans leur sexe physiologique et juridique. Elle pourrait également exposer l'enfant à la discrimination et au harcèlement, et être source de risques de stigmatisation dans sa vie quotidienne.

Aussi, *« à l'heure où la mention du sexe à l'état civil ne reflète plus nécessairement le sexe biologique mais peut correspondre au genre »*³⁷, de nombreux auteurs s'interrogent sur la cohérence de conserver les qualités de « père » ou « mère » en droit français, et s'il ne serait pas opportun d'évoluer vers une parenté neutre.

A. Dionisi-Peyrusse estime ainsi que la terminologie de « parent » en lieu et place de « père » et « mère », permettrait de *« changer de paradigme en fondant la parenté sur la volonté et l'effectivité »*, l'exigence actuelle de *« vraisemblance biologique (n'étant) plus en phase avec une évolution sociale et juridique »*³⁸.

En Argentine, le législateur a par exemple décidé de limiter l'intrusion de normes fondées sur le sexe dans le code civil, et une position fondée sur la négation du sexe *« au profit de termes*

³⁴ P. Reigné et L. Brunet, « De la difficulté d'être mère ... pour une personne transidentitaire », article précité.

³⁵ B. Moron Puech, « L'homme enceint et le Conseil constitutionnel », article précité.

³⁶ V. Deschamps, « La notion de 'parent biologique' », *Dalloz étudiant*, 31 janvier 2019.

³⁷ A. Dionisi-Peyrusse, « Etat-civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle », *Recueil Dalloz* 2019, p.110.

³⁸ A. Dionisi-Peyrusse, « Etat-civil (transsexualisme) : demande de transcription d'une double filiation maternelle », article précité.

plus neutres et dotés d'un certain universalisme » a été avancée. Les qualités de « père » et « mère » sont remplacées en droit argentin par les titres de « progéniteurs ». Si cette notion « attache la parentalité à la filiation génétique » et « sans que les notions de mère et de père soient occultées, le code argentin fait transparaître par le terme 'progéniteur' un élément principalement neutre, le sexe des parents apparaissant alors secondaire et extérieur à l'état civil »³⁹.

La Cour de cassation a en tout état de cause rappelé dans un arrêt du 4 mai 2017⁴⁰ que l'état des personnes relève de la seule compétence du législateur et que la loi française ne permet pas de créer une nouvelle catégorie juridique à l'état civil. Il était question dans cet arrêt de la demande d'un requérant de substituer à la mention « de sexe masculin » apposée sur son acte de naissance la mention « sexe neutre ». La Cour a rejeté sa demande et a considéré que « *la reconnaissance par le juge d'un « sexe neutre » aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ».*

En l'occurrence, l'article 57 du code civil prévoit notamment que « *L'acte de naissance énoncera (...) les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère* ». S'il a été introduit le terme « parent » dans le code civil afin de consacrer notamment l'égalité des pouvoirs et devoirs du père et de la mère dans l'éducation des enfants, le droit positif ne paraît pas l'intégrer comme une nouvelle catégorie juridique, contrairement aux catégories de « père » et « mère ». La notion de « parent biologique » est par ailleurs absente du code civil⁴¹.

Bien que conscient de la nécessité pour le juge de pallier aux lacunes du droit de la filiation⁴², le Défenseur des droits estime que cette solution visant à créer une nouvelle catégorie juridique, à l'instar de la cour d'appel de Montpellier, se heurte à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'état civil qui restreint son office au visa de l'article 34 de la Constitution⁴³.

2.4. La double reconnaissance maternelle et la transcription de la maternité non gestatrice

Le droit de la filiation tel qu'il s'inscrit dans le code civil, reposant sur le principe selon lequel l'enfant naît biologiquement d'un homme et d'une femme, ne permet d'établir qu'un seul lien de filiation à l'égard de l'un ou de l'autre.

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* ».

L'article 312 du code précité ajoute que « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* ».

Ce principe dit « chronologique » a été consacré par l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, afin de prévenir tout conflit de filiation. F. Granet-Lambrechts le

³⁹ F. Violla, « De l'assignation à la réassignation du sexe à l'état civil », Etude de l'opportunité d'une réforme, *Mission de recherche Droit & Justice*, septembre 2017.

⁴⁰ CCass. Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, req.16-17.189.

⁴¹ F. Violla/JP. Vauthier, « Père, mère, parent (biologique) : rayer la/les mention (s) « inutiles », *La semaine juridique* – édition générale n°5, 4 février 2019.

⁴² Etude annuelle 2018, Le rôle normatif de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/IMG//2019-01-18_Etude_2018.pdf.

⁴³ Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *la loi fixe les règles concernant (...) la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités* ».

définit comme suit : « *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* »⁴⁴.

Le Conseil constitutionnel a rappelé ce principe dans sa décision du 17 mai 2013⁴⁵, précisant qu'au « *sein d'un couple de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du code civil* », ainsi que l'a fait la Cour de cassation, dans un avis de la 1^{ère} chambre civile du 7 mars 2018⁴⁶.

En l'espèce, la requérante a demandé à titre principal à ce que la reconnaissance prénatale « de maternité non gestatrice » reçue par notaire soit transcrite sur l'acte d'état civil de l'enfant.

Confirmant le positionnement des juges de première instance sur le fondement de l'article 320 précité, la cour d'appel de Montpellier considère qu'une telle reconnaissance aurait pour effet de « *nier à l'enfant toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle* ».

Selon P. Régnié et L. Brunet, cette formulation serait toutefois inexacte dans la mesure où il ne s'agirait pas pour la requérante de nier une quelconque filiation paternelle mais de tirer les conséquences du fait qu'il ne saurait y avoir de père, faute pour la requérante de ne plus être un homme⁴⁷.

P. Reigné a précisé à ce titre que si les principes de subsidiarité, chronologique et sexué « *tendent principalement à éviter une contradiction, d'un point de vue biologique, entre des filiations de même nature* », « *une telle contradiction n'existerait pas dans l'hypothèse considérée, puisque l'enfant aurait bien pour génitrices deux personnes du même sexe* »⁴⁸. Il a ajouté 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* ».

Partant, les deux auteurs proposent de détacher l'accouchement de la maternité et d'en diversifier les fondements.

En effet, si le principe « *mater semper certa est* » conditionne en droit français la filiation maternelle à l'accouchement, le Conseil d'Etat dans une étude du 28 juin 2018, a précisé que « *une telle fragmentation de la maternité entre le lien génétique, le lien gestationnel et le projet parental fragilise nécessairement cette approche de la maternité comme une et évidente* », et que la « *vision traditionnelle selon laquelle la mère est toujours certaine puisqu'elle accouche de l'enfant (...) peut ne plus être vraie* »⁴⁹.

⁴⁴ F. Granet-Lambrechts, Jurisclasseur civil – art. 318 à 324.

⁴⁵ Conseil constitutionnel., 17 mai 2013, n°2013-669 DC, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁴⁶ Ccass. Civ.1^{ère}, avis, 7 mars 2018, req.17-70.039.

⁴⁷ L. Brunet et P. Reigné, « De la difficulté d'être mère...pour une femme transidentaire », *JCP G* n°6, 4 février 2019.

⁴⁸ P. Reigné, « Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXI siècle – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La semaine juridique*, Edition générale n°51, 19 décembre 2016.

⁴⁹ Conseil d'Etat, section du rapport et des études, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018.

Comme l'a souligné H.Fulchiron, « *la déconnexion entre genre, biologie et filiation* »⁵⁰ n'est pas sans rappeler les débats autour de la « parenté d'intention », « *même si ne sont plus en cause les liens entre parenté et biologie, mais les liens entre genre et parenté* »⁵¹.

Ainsi, dans le cadre de situations relatives à la reconnaissance d'une « mère d'intention » ayant utilisé ses gamètes pour concevoir l'enfant qu'une autre a porté, la Cour de cassation ne paraît pas exclure l'idée d'établir une « maternité non gestatrice » fondée sur la réalité biologique. Aussi, et par un arrêt du 5 octobre 2018⁵², la Cour de cassation a adressé, en application du protocole n°16 à la Convention, une première demande d'avis consultatif à la Cour EDH, à l'aune de l'article 8, afin de savoir notamment s'il y avait lieu « *de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention"* ». Le Défenseur des droits, en qualité de tiers-intervenant, est venu rappeler notamment que la Cour EDH devait rechercher si la solution retenue par la Cour de cassation avait ménagé un juste équilibre entre les intérêts de l'Etat et les droits des enfants concernés, et accordé une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à ce qu'exige l'article 3 de la CIDE.⁵³

Si dans son avis consultatif du 10 avril 2019, la Cour EDH n'a pas répondu précisément à cette question, il demeure qu'elle a mis l'accent sur le fait que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation a des conséquences négatives sur plusieurs aspects liés au respect de la vie privée de l'enfant, notamment sur l'incertitude quant à son identité. Ne se prononçant pas sur les modalités de reconnaissance de cette filiation, elle rappelle que le droit interne doit toutefois les prévoir, et appelle le juge français à se prononcer sur l'adéquation du droit français aux critères d'effectivité et de célérité fixés par la Cour.

Dans cette lignée, certains auteurs regrettent dans le présent cas d'espèce « *l'occasion manquée pour la justice de reconnaître pour la première fois une double maternité biologique, en consacrant par exemple une présomption de maternité, quel que soit le sexe biologique ou juridique des époux* »⁵⁴, ce d'autant qu'ils s'accordent à dire que les chantiers en cours à l'occasion de la révision des lois de la bioéthique, autour notamment de la question de l'ouverture à l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes, vont vers un nouveau mode d'établissement de la maternité distinct de l'accouchement.

Le Conseil d'Etat⁵⁵, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme⁵⁶ et plus récemment la Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique⁵⁷ préconisent en effet de reconnaître *ab initio* la maternité de la compagne ou de la conjointe de la mère légale.

Dans son avis n°15-18 du 3 juillet 2015⁵⁸, le Défenseur des droits se disait déjà favorable à l'ouverture d'accès à la procréation médicalement assistée (AMP) à toutes les femmes, et proposait ainsi deux modalités de filiation pour garantir une sécurité juridique à l'enfant issu d'une AMP, notamment l'instauration d'une « *filiation automatique* » à l'image de la Belgique qui permet à la mère de bénéficier d'une présomption de co-maternité. Dans son avis n°18-23

⁵⁰ H. Fulchiron, « Homme-mère, femme-père », article précité.

⁵¹ V. A. Dionisi-Peyrusse et M. Pichard, « Le genre dans le droit de la filiation », (à propos du titre VII du livre premier du Code civil), in HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, PICHARD Marc et ROMAN Diane, *La loi et le genre*, CNRS éditions 2014, p. 49&s.

⁵² Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, req.10-19.053.

⁵³ Tierce intervention du Défenseur des droits – Décision n°2019-016.

⁵⁴ Patrice le Maigat, « Engendrement transgenre et filiation : ni père, ni mère mais « parent biologique », *Gazette du Palais*, 4 décembre 2018.

⁵⁵ Conseil d'Etat, étude du 28 juin 2018 précitée.

⁵⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation du 20 novembre 2018.

⁵⁷ Rapport de la Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique, 15 janvier 2019, n°1572.

⁵⁸ Défenseur des droits, avis n°15-18 du 3 juillet 2015 à la suite de son audition dans le cadre de la mission d'information - Assistance médicale à la procréation et gestation pour autrui : le droit français face aux évolutions jurisprudentielles.

du 10 octobre 2018⁵⁹, le Défenseur des droits a réitéré son positionnement, prônant l'instauration d'une dissociation entre les fondements biologiques et juridiques au travers d'une double filiation maternelle.

L'organisation internationale LGA-Europe relève effectivement que les effets de la reconnaissance juridique du genre sur la façon dont une personne est inscrite sur les documents d'identité de son enfant né avant ou après la date de la reconnaissance de son identité de genre ne sont pas spécifiquement réglementés dans de nombreux pays et génèrent par conséquent une jurisprudence relativement limitée.

De nombreux pays, tels que les Pays-Bas⁶⁰, certaines provinces du Canada, l'Australie ou encore la Californie fondent la parenté sur l'engagement et la réalité de la relation affective sans qu'elle ne soit conditionnée par la biologie, optant ainsi pour l'établissement d'une coparenté, que ce soit par le biais d'un mariage ou par la voie de la reconnaissance.

En Suède, depuis le 1^{er} janvier 2019, une loi reconnaît désormais juridiquement l'identité de genre des personnes trans dans les actes de naissance des enfants, « *les hommes trans étant désignés en qualité de « père », et les femmes trans en qualité de « mère »* »⁶¹.

Cette loi serait la première en Europe à reconnaître aussi clairement la parenté transgenre, faisant ainsi suite à la demande de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de « *veiller à ce que l'identité de genre des parents transgenres soit correctement enregistrée sur l'acte de naissance de leurs enfants et à veiller à ce que les personnes qui utilisent des marqueurs de genre légaux autres que « masculin » ou « féminin » puissent faire reconnaître leurs partenariats et leurs relations avec leurs enfants sans discrimination* »⁶².

Deux affaires jugées par les juridictions de Göteborg et de Stockholm en 2015⁶³ vont dans le sens de la reconnaissance de l'identité de genre des parents trans dans les actes de naissance de leurs enfants. Les faits d'espèce concernaient des personnes devenues hommes ayant donné naissance avant et après leur conversion sexuelle à un enfant et qui demandaient à se voir reconnaître la qualité de « père ». En l'absence de règles spécifiques sur les effets de la reconnaissance juridique du genre, les juridictions ont évoqué sous l'angle de la jurisprudence de la Cour EDH et de l'intérêt supérieur de l'enfant, le principe selon lequel la reconnaissance officielle de l'identité de genre devait s'appliquer à toutes les fins juridiques. Il a été ajouté que le principe de pleine reconnaissance juridique du genre et le devoir de préserver la confidentialité de toutes les parties concernées l'emportaient sur les règles régissant la maternité qui prescrivaient que les enfants devaient être assignés à une mère biologique.

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

⁵⁹ Défenseur des droits, avis n°18-23 du 10 octobre 2018 à la suite de son audition par la mission d'information relative à la bioéthique de l'Assemblée nationale.

⁶⁰ G.Kessler, « l'avenir de la présomption de paternité : comparaisons franco-québécoises, RIDC 2017-1, p.119 s.

⁶¹ Source : <https://tgeu.org/sweden-recognises-trans-parenthood/>.

⁶² Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe « Vie privée et familiale: parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle », 4.6, 2018.

⁶³ Gothenburg Administrative Court, Case no. 6186-14, 5 October 2015 and Stockholm Administrative Court, Case no. 3201-14, 9 July 2015 – Source : TGEU, *Legal Gender Recognition in Europe Toolkit*, 2^e édition, November 2016, p. 59.

règles de la filiation et intègre dans l'avenir la double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les couples de même sexe.

En toute hypothèse, le Défenseur des droits rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant commande que la Cour de cassation adopte une solution permettant à l'enfant de voir établie sa filiation à l'égard de chacun de ses deux parents.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'avocat général.

Jacques TOUBON