



ACTE DE L'ÉTAT CIVIL

> Pour une lecture optimiste de la décision sur la parenté transgenre

par Benjamin Moron-Puech, *Enseignant-chercheur au Laboratoire de sociologie juridique (Université Panthéon-Assas)*

2072

1. C'est peu dire que la décision rendue le 16 septembre 2020 par la première chambre civile de la Cour de cassation (D. 2020. 2096, note S. Paricard, *infra*), relativement à l'établissement de la filiation dans un couple transgenre, a été mal accueillie par les personnes transgenres et leurs soutiens. Il est vrai que cet arrêt survient après beaucoup d'autres ayant méconnu les droits fondamentaux des personnes transgenres, qu'on songe aux arrêts leur refusant le droit de modifier leur marqueur de sexe à l'état civil (avant 1992) ou à ceux (après 1992) l'ayant admis à des conditions attentatoires à leur intégrité physique. Il est vrai aussi qu'à cette jurisprudence malheureuse s'ajoute un contexte politique défavorable, à savoir les discussions autour de la loi de bioéthique. Rappelons que le Parlement et le gouvernement y ont manifesté leur peu d'intérêt pour les droits humains procréatifs des personnes transgenres, en particulier s'agissant de l'accès de ces minorités à la conservation des gamètes ou à la PMA. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que les associations de personnes concernées et leurs soutiens aient fustigé la Cour de cassation en prenant connaissance de la décision ici commentée qui, rappelons-le, refuse à une femme transgenre ayant procréé avec ses gamètes mâles (ci-après la « génitrice »), le droit de voir transcrire, dans l'acte de naissance de son enfant, sa reconnaissance prénatale de maternité.

2. Il nous semble cependant – dans la continuité de nos écrits passés (Femme-père et homme-mère, quand les minorités de genre interrogent nos catégories juridiques, RDLF 2018. Chron. 26) – que les critiques dirigées à l'encontre de cet arrêt ne sont pas justifiées. En effet, l'arrêt nous paraît devoir être approuvé tant pour la réponse qu'il apporte à la question posée (quelles règles appliquer pour l'établissement de la filiation?), que pour les pistes qu'il dessine à destination de la cour d'appel de renvoi pour la question restant à trancher (quelles règles appliquer pour l'inscription de cette filiation?).

3. S'agissant tout d'abord de la question posée, elle concernait l'établissement de la filiation. Dans cet arrêt, les parentes cherchaient à établir la filiation via une reconnaissance de maternité. Soulignons que c'était là, semble-t-il, un choix par défaut: les parentes auraient voulu bénéficier de la

« présomption de paternité » (comme pour leurs enfants précédents), mais cela leur avait été refusé lors de la déclaration de naissance (arg. C. civ., art. 6-1 et 320). Quoi qu'il en soit, cette demande de reconnaissance maternelle heurtait le droit de la filiation, non parce que la reconnaissance était demandée par une femme (la femme accouchant sous X peut aussi l'invoquer), mais car une filiation maternelle était déjà établie à l'égard de la gestatrice. La Cour, refusant de réaliser une refonte du droit de la filiation souhaitée par certains (D. Borrillo, L. Brunet ou P. Reigné), a refusé toute double filiation maternelle (§ 16). Elle a en revanche jugé, en l'absence de disposition spéciale – le législateur ayant en effet *volontairement* laissé la question de la parenté transgenre dans l'ombre (L. Hérault (dir.), *État civil de demain et transidentité*, rapport à la Mission de recherche droit et justice) –, que les modes d'établissement du droit commun s'appliquaient à la génitrice, à savoir la présomption et la reconnaissance de paternité (§ 18). Dès lors, la Cour a rejeté le pourvoi de la génitrice, tout en censurant l'arrêt d'appel pour avoir écarté le droit commun via l'établissement d'une filiation *ad hoc* inscrite avec la mention « parent biologique ».

4. Cette réponse de la Cour de cassation est à nos yeux la seule conforme aux droits humains de cette famille, tels que compris par la Cour européenne des droits de l'homme. À l'inverse, la solution sur laquelle les parentes s'étaient rabattues – la reconnaissance de maternité en l'absence de présomption de paternité – ne protège pas assez bien l'intérêt de l'enfant auquel la Cour européenne des droits de l'homme accorde elle aussi un poids plus important qu'à celui des autres intérêts. En effet, indépendamment de l'argument opérant sur l'impossibilité pour les juges de créer une nouvelle catégorie à l'état civil (§ 30 de l'arrêt), la mise à l'écart de la « présomption de paternité », dans un couple marié, aboutirait à ce que dans tous les cas où aucune reconnaissance n'intervient, l'enfant sera sans filiation à l'égard de sa génitrice, ce qui ne semble guère dans son intérêt (rapp. art. 7, § 1, de la Convention de New York). Au contraire, dans le système de la présomption de paternité retenu par la Cour, l'enfant a toujours une telle filiation, ce à quoi s'ajoute, pour les couples mariés ou non, l'intérêt d'un traitement identique de la fra-

Recueil Dalloz - 29 octobre 2020 - n° 37

trie, intérêt bien souligné dans l'arrêt (§ 23). Les parentes ne voulaient pourtant pas d'un tel système, au motif semble-t-il que cela se ferait au détriment de la génitrice, obligée selon elles d'être qualifiée de « père », d'où leur choix d'un autre mode d'établissement de la filiation. Pourtant, est-on bien sûr que les textes du code civil sur la présomption de paternité imposent de désigner la génitrice comme « père » dans l'acte de naissance? Rien n'est moins sûr, tant il apparaît nécessaire de distinguer les règles sur l'établissement de la filiation de celles relatives à son *inscription*.

5. S'agissant de l'inscription de la filiation, ce n'est plus tant vers le code civil qu'il faut se tourner que vers les textes administratifs régissant les registres d'état civil. Or, ces textes, trop méconnus, offrent une grande souplesse. En effet, malgré les efforts de rationalisation bureaucratique des entrées de l'état civil (V. Circ. 30 juin 2006, NOR: JUS C0620513 C), il est encore possible d'adopter une rédaction littéraire. Rien n'impose ainsi la rédaction par rubrique, usant des mentions de « père » et de « mère », si problématiques en l'espèce compte tenu de l'ambiguïté de ces notions, mêlant à la fois les concepts de sexe (biologique) et de genre (social), mais aussi suscitant une confusion entre le fait (la parenté) et le droit (la filiation). Au contraire, l'acte de naissance d'un enfant déclaré conçu au sein d'un couple transgenre marié peut être ainsi rédigé: « Le [date] à [lieu] est né-e [prénom/nom] de [X] qui a accouché et de [Y] son épouse ». Grâce à cette rédaction littéraire, l'on peut conserver l'avantage d'une filiation établie automatiquement, via la présomption de paternité, tout en préservant l'identité de genre de la génitrice. Quant au droit de l'enfant d'accéder à ses origines personnelles, il n'est nul besoin pour le sauvegarder – contrairement à ce que soutient l'avocate générale en son avis (p. 28) – d'ajouter sur l'acte de naissance une mention spécifiant que la génitrice a changé son marqueur de sexe à l'état civil. Le respect de ce droit se trouve amplement assuré par le droit qu'a tout enfant d'accéder à la copie intégrale de l'acte de naissance de ses parent-es (Décr. n° 2017-890 du 6 mai 2017, art. 30), ce qui l'aidera à découvrir qui l'a engendré.

6. La solution dégagée par la Cour, sur la seule question de l'établissement de la filiation, ne méconnaît donc par elle-même aucunement les droits humains des personnes trans-

genres. Voilà pourquoi les critiques qui lui sont adressées sont sur ce point injustifiées. Ne pourrait-on pas néanmoins lui reprocher de n'avoir pas tranché elle-même la question se posant ensuite, celle de l'*inscription* de la filiation, en précisant comment inscrire cette « filiation paternelle », ainsi que le demandait l'avocate générale? Non, car si la Cour avait agi en ce sens, elle se serait prononcée sans qu'il n'y ait eu réellement de débats contradictoires sur cette question de l'*inscription*, non développée spécifiquement par les parties à l'instance. Là encore, donc, la décision de la Cour doit être approuvée. Ne pourrait-on pas à tout le moins blâmer la Cour pour n'avoir pas donné aux juges du fond des directives sur cette autre question? Cela semble difficile tant la Cour, tel le Petit Poucet, paraît avoir semé quelques cailloux blancs pour qui voudra bien les remarquer. Ainsi, en choisissant de désigner la génitrice par le terme de « mère » (§ 23) lorsqu'il est question de son rôle quotidien auprès de ses enfants, tandis qu'elle use de celui de « filiation paternelle » pour désigner le lien de droit, la Cour n'a-t-elle pas implicitement entendu condamner toute inscription du terme « père » sur l'acte de naissance? De même, en utilisant pour la première fois l'expression « identité de genre » (révélant l'entrée des *études de genre* à la Cour de cassation) et en affichant son souci de la voir protégée lors du contrôle de proportionnalité (§ 24), la première chambre n'a-t-elle pas implicitement condamné toute mention qui méconnaîtrait cette identité? On le voit, la Cour n'est pas à blâmer, seul le législateur peut l'être, lui qui par cette incertitude juridique a généré tant de difficultés pour les personnes transgenres, difficultés dont il lui sera sans doute un jour demandé des comptes au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

7. Au vu de ces quelques éléments, nous voulons donc croire que cette décision est en réalité protectrice des droits humains des personnes transgenres. En les incluant dans le droit commun de l'établissement de la filiation, la Cour de cassation réalise la meilleure reconnaissance qui soit des *familles* transgenres. En suggérant que la mention à inscrire ne peut pas être « père », la Cour continue son œuvre protectrice vis-à-vis des *personnes* transgenres elles-mêmes. Reste à espérer, pour les personnes concernées, que les décisions à venir confirmeront cette lecture optimiste.