

COUR D'APPEL DE MONTPELLIER

3èmes Chambres A et B
en formation réunie

ARRÊT DU 14 NOVEMBRE 2018

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 16/06059

Décision déferée à la Cour : *Jugement du 22 JUILLET 2016*
TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MONTPELLIER
N° RG 15/05019

APPELANTE :

Madame [REDACTED]
née le [REDACTED] à PARIS (75014)

représentée par Me Michèle ARNOLD de la SELARL ARNOLD
MICHELE, avocat au barreau de MONTPELLIER, avocat postulant
et Me Clélia RICHARD, avocat au barreau de PARIS, avocat plaidant

INTIME :

Monsieur le Procureur général
Cour d'appel
1, rue Foch
34000 MONTPELLIER
représenté par M. Pierre DENIER, avocat général près la Cour
d'appel de MONTPELLIER

INTERVENANTS :

UDAF
En qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant [REDACTED]
[REDACTED], enfant mineure née le [REDACTED] à MONTPELLIER
(34) domiciliée chez Mme [REDACTED] et Mme [REDACTED]

désigné par ordonnance du 5 avril 2018
160 rue des Frères LUMIERE
34000 MONTPELLIER
représenté par Mme AYGALLENQ, responsable de secteur UDAF,
mandataire judiciaire et par M. FIGARÈDE, mandataire judiciaire
représenté par Me Pierre PALIES de la SCP PALIES -
DEBERNARD-JULIEN - MARTIN-VELEINE, avocat au barreau de
MONTPELLIER

Grosse + copie
délivrées le
à

Madame [REDACTED]

assignée par acte en date du 29 mai 2018
représentée par Me Aude DENARNAUD, avocat au barreau de
CARCASSONNE

ORDONNANCE DE CLÔTURE du 29 Août 2018

Le délibéré initialement prévu au 24 octobre 2018 a été prorogé au 14 novembre 2018, les parties en ayant été avisées le 24 octobre 2018.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le **5 septembre 2018**, en chambre du conseil, **Madame Sylvie BONNIN**, Présidente de chambre, ayant fait le rapport prescrit par l'article 785 du Code de Procédure Civile, devant la Cour composée de la formation réunie des deux chambres 3^{ème} A et B conformément à l'article R 312-11-1 du Code de l'Organisation Judiciaire et présidée par M. **Tristan GERVAIS de LAFOND**, Premier Président de la Cour d'appel de MONTPELLIER et comprenant :

Mme Sylvie BONNIN, Présidente de chambre,
M. Philippe GAILLARD, Président de chambre,
M. Bernard BÉTOUS, Conseiller,
Mme Béatrice VERNHET, Conseiller
Mme Magali VENET-LEJEUNE, Conseiller,
Mme Martine VERHAEGHE, magistrat honoraire exerçant
des fonctions juridictionnelles,
désignés par Ordonnance de M. Le Premier Président de la
Cour d'appel de MONTPELLIER en date du 29 septembre 2017,
modifiée le 16 octobre 2017, le 16 janvier 2018, le 06 février 2018 et
le 7 août 2018.
qui en ont délibéré.

Mme Cécile YOUL-PAILHES, conseiller, était présente lors
des débats mais n'a pas participé au délibéré.

Greffier, lors des débats : M. Salvatore SAMBITO

Ministère public :

L'affaire a été communiquée au ministère public.

L'enfant a été déclarée par ailleurs à l'état civil comme née de Madame [REDACTED], sous le nom de [REDACTED].

Madame [REDACTED] a demandé ultérieurement la transcription, sur l'acte de naissance de l'enfant, de la reconnaissance de maternité par elle souscrite, ce qui lui a été refusé par l'officier de l'état civil agissant sur instruction du procureur de la République.

Il lui a été opposé, pour justifier ce refus, que la transcription demandée doterait l'enfant d'une double filiation maternelle, ce que la loi interdirait.

Madame [REDACTED] a contesté ce refus en assignant le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Montpellier.

Par jugement du 22 juillet 2016 le tribunal de grande instance de MONTPELLIER a rejeté sa demande de transcription sur les registres de l'état civil de sa reconnaissance de maternité en affirmant 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”*, au motif enfin que *“par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique [REDACTED] 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”*.

Madame [REDACTED] a régulièrement relevé appel de ce jugement le 28 juillet 2016.

Par requête en date du 2 février 2017, elle a demandé au conseiller de la mise en état d'ordonner une expertise biologique en avançant, d'une part, que *« même si cela n'est pas contesté par le procureur de la République ni par quiconque, elle ne peut apporter la preuve du lien biologique existant entre elle et l'enfant que par une expertise biologique »*, et, d'autre part, qu'il est admis par la jurisprudence qu'en matière de filiation l'expertise biologique est de droit sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.

Cette demande a été rejetée le 27 avril 2017 par ordonnance du conseiller de la mise en état, au motif qu'elle ne présentait aucun intérêt pour la solution du litige dès lors que la réalité du lien biologique n'était pas contestée par le ministère public, seule partie

intimée, lequel mettait seulement en cause la qualification donnée à ce rapport de filiation dans la reconnaissance, à savoir celle d'une « maternité » et non d'une paternité.

Par la même ordonnance, le conseiller de la mise en état a par ailleurs fait injonction à l'appelante de produire son acte de mariage datant de moins de trois mois.

Cette pièce a été versée aux débats le 7 juin 2017 confirmant le maintien du lien marital entre Madame [REDACTED] Madame [REDACTED]

Le procureur général a conclu le 11 octobre 2017, d'une part à la nomination d'un administrateur ad hoc au soutien des intérêts de l'enfant [REDACTED], et d'autre part, au fond, à la confirmation de la décision entreprise sur le fondement des articles 325, 326 et 332 du code civil, au motif que *“l'article 320 du code civil fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui contredirait une filiation légalement établie et non contestée en justice”*, solution rappelée, selon le procureur général, par le conseil constitutionnel au paragraphe 40 de sa décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

Par arrêt avant dire droit en date du 21 mars 2018, la cour d'appel de MONTPELLIER a :

- désigné le président du conseil départemental de l'Hérault en qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant [REDACTED] enfant mineure née le [REDACTED] à MONTPELLIER, domiciliée [REDACTED], aux fins d'assurer sa représentation dans la présente procédure,
- sursis à statuer au fond,
- enjoint à Monsieur le procureur général près la cour d'appel de MONTPELLIER de faire assigner Madame [REDACTED]
- renvoyé l'affaire au fond à l'audience collégiale le 27 juin 2018, avec ordonnance de clôture fixée au 20 juin 2018,
- invité Monsieur le procureur général à faire traduire par un expert assermenté la décision de la cour fédérale de Karlsruhe du 6 septembre 2017, pièce versée aux débats.

Par ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 5 avril 2018, il a été procédé au remplacement du Président du conseil départemental de l'Hérault par l'UDAF en qualité d'administrateur ad hoc de l'enfant mineure Marie-Eve.

L'affaire a été renvoyée à l'audience du 5 septembre 2018.

Dans ses dernières conclusions en date du 28 août 2018, Madame [REDACTED] demande à la cour de :

- infirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu le 22 juillet 2016 par le tribunal de grande instance de MONTPELLIER,

- dire et juger que la filiation de [REDACTED] à l'égard de Madame [REDACTED] ne peut pas être établie par le jeu de la présomption de paternité,
- dire et juger que la filiation de [REDACTED] à l'égard de Madame [REDACTED] ne peut pas être établie par l'adoption,
- dire et juger que la filiation paternelle de [REDACTED] à l'égard de Madame [REDACTED] ne peut pas être établie,
- dire et juger que l'acte de reconnaissance maternelle prénatale établi à la demande de Madame [REDACTED] est régulier,
- dire et juger qu'aucun principe du droit français ne s'oppose à la transcription de l'acte de reconnaissance maternelle prénatale établi à la demande de Madame [REDACTED] sur l'acte de naissance de [REDACTED],
- dire et juger le refus de transcrire l'acte de reconnaissance maternelle prénatale établi à la demande de Madame [REDACTED] sur l'acte de naissance de [REDACTED] comme contraire à l'intérêt supérieur de [REDACTED] et comme méconnaissant son droit au respect de la vie privée,
- dire et juger que l'établissement d'une filiation paternelle à l'égard de [REDACTED] est contraire à l'intérêt supérieur de celle-ci,
- dire et juger que l'établissement d'une filiation paternelle à l'égard de [REDACTED] viole le droit au respect de la vie privée de Madame [REDACTED],

et en conséquence de :

- rejeter les demandes de l'UDAF, tant principales que subsidiaires,
- ordonner la transcription de l'acte de reconnaissance prénatale consacrant le deuxième lien de filiation maternelle de [REDACTED] à l'égard de Madame [REDACTED] sur l'acte de naissance de [REDACTED],
- conférer à Madame [REDACTED] les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil,
- condamner le ministère public et l'union départementale des associations familiales (UDAF) aux entiers dépens et à verser, chacun, à Madame [REDACTED] la somme de 3 500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions en date du 22 août 2018, l'Union départementale des associations familiales (UDAF) es qualité d'administrateur ad hoc de [REDACTED], demande à la cour de :

- dire et juger que Madame [REDACTED] est le père biologique de l'enfant mineure [REDACTED] née le [REDACTED],
- ordonner la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant,

A titre subsidiaire, et si la cour venait à considérer que Madame [REDACTED] ne peut être reconnue en tant que père biologique de l'enfant,

- ordonner une expertise biologique de Madame [REDACTED] et de [REDACTED] afin de démontrer scientifiquement le lien de filiation biologique qui les unit,

- statuer ce que de droit sur les dépens.

Dans ses dernières conclusions en date du 16 juillet 2018, Madame [REDACTED], appelée en intervention forcée, demande à la cour de :

- infirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu le 22 juillet 2016 par le tribunal de grande instance de MONTPELLIER;

- à titre principal, elle demande de :

- constater le refus de Madame [REDACTED] de consentir à l'adoption,

- se prononcer sur le contrôle de conventionnalité, primordial en ce qui concerne la filiation,

- constater l'inégalité instaurée entre les enfants de la famille [REDACTED] par le refus de transcription de la reconnaissance de [REDACTED] par Madame [REDACTED],

- ordonner la transcription de l'acte de reconnaissance prénatale consacrant le deuxième lien de filiation de [REDACTED] à l'égard de Madame [REDACTED] sur l'acte de naissance de [REDACTED],

- conférer à Madame [REDACTED] les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil;

- à titre subsidiaire, elle demande à la cour de :

- établir judiciairement la filiation de [REDACTED] à l'égard de ses deux parents biologiques, en application des dispositions de l'article 321 et suivants du code civil,

- conférer à Madame [REDACTED] les prérogatives de l'autorité parentale en application de l'article 331 du code civil,

- condamner le Ministère Public aux entiers dépens et à verser à Madame [REDACTED] la somme de 1 200 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Monsieur le procureur général n'a pas conclu à nouveau sur le fond de l'affaire mais a communiqué une pièce le 4 septembre 2018 à savoir un article de doctrine, "vers un droit spécial de la filiation", de Madame Sophie Paricard, publié au recueil Dalloz 2018.

Pour un plus ample exposé des éléments de la cause, moyens et prétentions des parties, il est fait renvoi aux écritures susvisées, conformément à l'article 455 du code de procédure civile.

L'ordonnance de clôture est intervenue le 29 août 2018.

Le délibéré fixé initialement au 24 octobre a été prorogé au 14 novembre 2018.

MOTIFS DE LA DECISION:

sur l'incident relatif à la communication de pièce par le Procureur Général :

La pièce communiquée par le Procureur Général intitulée "*vers un droit spécial de la filiation*" de Madame Sophie Paricard, publiée au recueil Dalloz 2018 a été communiquée le 4 septembre 2018, postérieurement à l'ordonnance de clôture. Par application des dispositions de l'article 783 du code de procédure civile, cette pièce sera d'office écartée des débats.

Au fond

Le litige porte sur la question de savoir si une seconde maternité de l'enfant [REDACTED] peut-être établie au profit de Madame [REDACTED] en application des dispositions de l'article 316 du code civil, comme l'affirment principalement Madame [REDACTED] et Madame [REDACTED] 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 Madame [REDACTED] est le père biologique de l'enfant de manière à ce que [REDACTED] bénéficie ainsi de la même filiation que ses deux frères aînés.

Au soutien de leurs demandes respectives, Madame [REDACTED] Madame [REDACTED], et l'UDAF font état en outre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui du droit au respect de la vie privée, les premières pour fonder juridiquement la retranscription à l'état civil de l'acte notarié de reconnaissance prénatale souscrit par Madame [REDACTED] la seconde pour demander que Madame [REDACTED] soit

reconnue comme le père biologique de cet enfant, traduisant ainsi une conception différente de ce qui constitue dans le cas d'espèce l'intérêt de l'enfant.

Madame [REDACTED] soutient plus particulièrement que son rapport de filiation avec [REDACTED] ne peut constituer un rapport de filiation paternelle, puisqu'elle est devenue femme, et qu'il doit, pour ce motif, être qualifié de rapport de filiation maternelle, avec la précision qu'il s'agit d'une « maternité non-gestatrice », qui n'entre pas en conflit avec la maternité gestatrice de Madame [REDACTED] mais au contraire la « complète ».

Elle conteste en outre la voie de l'adoption moralement et juridiquement impossible, qui lui est fermée en tout état de cause du fait de l'opposition de Madame [REDACTED] à cette procédure d'adoption.

Elle observe que la confirmation de la décision entreprise aurait pour conséquence de la priver de toute possibilité de faire reconnaître son lien de filiation avec l'enfant, en contradiction avec les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent le respect de sa vie privée, et en contradiction avec l'intérêt de l'enfant.

La cour observe que la loi du 18 novembre 2016 qui a modifié les modalités de changement juridique de sexe ne comporte de fait aucune disposition spéciale relative à la déclaration à l'état civil d'une enfant née postérieurement au changement juridique de sexe de son auteur .

Le législateur s'est en effet borné à préciser, dans l'article 68-1 de la loi nouvelle que le changement de sexe restera sans incidence sur la filiation des enfants nés de la personne avant ce changement sans envisager la possibilité pourtant démontrée par ce dossier qu'un enfant naisse des relations sexuelles de deux personnes reconnues de sexe féminin,

Le visa par l'appelante de l'article 21 de la loi du 17 mai 2013 qui dispose que "*le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets, à l'égard des époux et des enfants, en France*" est inopérant au cas d'espèce car cet article concerne exclusivement les mariages entre personnes de même sexe contractés dans les pays étrangers qui en reconnaissent la validité alors que la France ne la reconnaissait pas encore, et qu'il avait pour but, en tant que mesure transitoire, de consolider leur situation.

Il apparaît à la seule lecture de la loi nationale un vide juridique quant au droit applicable à la situation particulière de Madame [REDACTED] et l'impossibilité d'une double reconnaissance maternelle selon l'argumentaire développé par les juges du premier degré et par le parquet général.

Néanmoins, le jugement déféré est critiquable en ce que, nonobstant l'interprétation qu'il fait des dispositions de l'article 316, il s'est limité pour statuer sur la demande de Madame [REDACTED] à considérer les seules dispositions du droit national, sans examiner si ces dispositions n'étaient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part, au respect du droit à la vie privée de Madame [REDACTED] et/ou de [REDACTED] d'autre part.

Une disposition de la loi ne saurait en effet en raison du principe de la hiérarchie des normes qui régit notre ordonnancement juridique aller en contradiction avec des dispositions du droit international issues d'une convention régulièrement ratifiée par la France.

Il convient de rappeler à cet égard l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il a été posé par l'article 3-1 de la déclaration internationale des droits de l'enfant (ci après la CIDE) qui stipule : "dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

La CIDE reconnaît également à l'enfant dans son article 7 "dans la mesure du possible le droit de connaître ses parents et d'être éduqué par eux".

A cet égard il n'est contesté par aucune partie la réalité de la filiation biologique de l'enfant [REDACTED], issue des relations sexuelles de Madame [REDACTED] et de Madame [REDACTED].

Il est manifeste qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir la réalité de sa filiation à l'égard de Madame [REDACTED]. Il convient d'évoquer, à titre d'illustration de cette réalité, la situation qui résulterait pour [REDACTED] du décès de Madame [REDACTED] en l'absence de tout lien de filiation reconnu avec son enfant, créant ainsi une inégalité de fait en matière de succession entre les trois enfants issus pourtant de la même union, ou, pour le cas où Madame [REDACTED] et Madame [REDACTED], toujours unies par les liens du mariage, divorceraient, les difficultés qui pourraient en résulter : l'exercice même de l'autorité parentale de cette dernière pouvant alors être contesté, alors qu'il est de l'intérêt de l'enfant que celle-ci puisse être exercée par ses deux parents.

Il est non moins certain que cette filiation ne saurait être établie par la voie de l'adoption, outre que celle-ci est rendue impossible par le refus de Madame [REDACTED] - refus qui ne saurait constituer un abus de droit, dans la mesure où, comme son enfant, Madame [REDACTED] a intérêt à ce que soit reconnu la réalité du lien biologique unissant [REDACTED] à Madame [REDACTED] - elle viendrait directement à l'encontre de l'intérêt supérieur de [REDACTED] de voir reconnaître à l'égal de ses frères la réalité de sa filiation biologique, et non pas la fiction d'une filiation par voie d'adoption.

C'est d'ailleurs au regard de cet intérêt supérieur de [REDACTED] à voir reconnaître la vérité de sa filiation biologique qu'il apparaît à la Cour qu'il ne peut pas être fait droit à la demande de Madame [REDACTED] d'être déclarée comme mère non gestatrice ; cette déclaration aurait pour effet de nier à [REDACTED] toute filiation paternelle, tout en brouillant la réalité de sa filiation maternelle, et qu'il convient sur ce point de confirmer la décision des premiers juges.

Même si la Cour considère que notre droit offrirait la possibilité à Madame [REDACTED], tout en conservant son identité de femme, de se reconnaître comme le père biologique de l'enfant [REDACTED], une reconnaissance qui aurait traduit la réalité d'une situation certes complexe, le droit au respect de la vie privée de Madame [REDACTED], dans la mesure où il n'est pas incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit prévaloir en tout état de cause, exclut qu'on puisse lui imposer cette reconnaissance de paternité.

Imposer à Madame [REDACTED] 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 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.

Dans ces circonstances il est apparu à la cour qu'outre la reconnaissance de la pleine autorité parentale à Madame [REDACTED] [REDACTED] il convenait de faire droit à la demande subsidiaire de Madame [REDACTED] "d'établir judiciairement la filiation de [REDACTED] à l'égard de ses deux parents biologiques", seule la mention sur l'acte de naissance de [REDACTED] de Madame [REDACTED] comme "parent biologique" étant de nature à concilier l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établi la réalité de sa filiation biologique avec le droit de [REDACTED] de voir reconnaître la réalité de son lien de filiation avec son enfant [REDACTED] et le droit au respect de sa vie privée consacré 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 Madame [REDACTED] et son enfant.

Cet état sera donc mentionné sur l'acte de naissance de l'enfant.

Les deux parents disposeront conjointement des pleines prérogatives de l'autorité parentale.

- sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile:

Il y a lieu compte tenu de la nature du litige, de la situation respective des parties de laisser à chacune d'entre elles la charge de leurs frais non compris dans les dépens et la charge de ses dépens.

PAR CES MOTIFS

la cour, statuant par arrêt contradictoire, rendu par mise à disposition au greffe

Déclare irrecevable la pièce intitulée " *vers un droit spécial de la filiation* " (recueil Dalloz 2018) communiquée le 4 septembre 2018,

Confirme le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de Madame [REDACTED] à l'égard de l'enfant [REDACTED]

Y ajoutant, et par substitution de motifs :

CONSTATE que le lien biologique unissant l'enfant [REDACTED] à Madame [REDACTED] née le [REDACTED] à PARIS 14^{ème} n'est pas contesté ;

DIT qu'il est de l'intérêt de l'enfant [REDACTED] à MONTPELLIER (34) de voir ce lien biologique retranscrit sur son acte de naissance sous la mention de Madame [REDACTED] née le [REDACTED] à PARIS 14^{ème} comme " parent biologique" de l'enfant ;

ORDONNE la transcription de cette mention sur l'acte de naissance de l'enfant [REDACTED] ;

DIT, en application des dispositions de l'article 331 du code civil, que Madame C V exercera avec Madame [REDACTED] toutes les prérogatives de l'autorité parentale sur l'enfant [REDACTED] ;

DEBOUTE les parties de leurs autres demandes ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;

DIT que chacune des parties supportera la charge de ses propres dépens d'appel qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier

Le Premier Président

SS/TGDL