

Ns° 365779, 366710, 366989, 367317, 367324, 368861

Association juristes pour l'enfance et autres

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies

Séance du 28 novembre 2014

Lecture du 12 décembre 2014

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Les requêtes qui viennent d'être appelées sont toutes dirigées contre la circulaire de la garde des sceaux, ministre de la justice du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité pour les enfants nés à l'étranger dont il apparaît que leur naissance est le résultat d'une convention de gestation pour autrui.

Vous le savez, lorsque sont prononcés ces trois mots de « gestation pour autrui », ou son acronyme « GPA », ils sont inévitablement accompagnés d'une vive attention médiatique, de réactions politiques, et de débats ou de querelles juridiques. Ce phénomène est éminemment compréhensible au regard des difficultés de tous ordres que soulève cette question, prise sous toutes ses facettes. La circulaire attaquée devant vous n'a pas dérogé à cette règle, et ce d'autant moins que son calendrier d'édition, en plein débat sur la loi relative au mariage pour tous, n'a pas contribué à apaiser les esprits¹.

Sans espoir de parvenir à dissuader toutes ces réactions à propos des affaires dont vous avez à connaître aujourd'hui, nous voudrions toutefois insister pour commencer sur un point essentiel. **Au regard de l'ampleur des problèmes et des questions soulevés par la GPA, votre tâche d'aujourd'hui est modeste, et bien plus modeste que celle que les uns ou les autres, selon leur pronostic qu'ils font sur le sens de votre décision, entendent ou craignent de vous voir prendre.**

¹ Pour les commentaires juridiques relatifs à cette circulaire, voyez notamment : I. Corpart « *Entrée en vigueur de la circulaire Taubira relative à la délivrance des certificats de nationalité française* », Revue générale du droit on line, 2013, numéro 5060 ; J-F Binet « *Circulaire Taubira - Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes* », *La Semaine Juridique Edition Générale* - 11 Février 2013 - n° 7 ; N. Mathey « *Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions* » *La Semaine Juridique Edition Générale* - 11 Février 2013 - n° 7 ; C. Neirinck « *La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi* », Droit de la famille - Mars 2013 - n° 3 ; « *Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé* » Droit de la famille, janvier 2013, dossier 8 - Etude par Sophie PARICARD ; « *Mère porteuse : la légalisation de la fraude à la loi* » G. Marraud des Grottes, Actualités Lamy, 2013.

Il n'entre pas dans votre office d'instruire ici le procès de la GPA, ni de vous prononcer « pour » ou « contre » ce procédé qui, quoi qu'il en soit du sens de votre décision, fait aujourd'hui l'objet d'un interdit législatif très clair, et d'un interdit d'ordre public.

Il s'agit pour vous seulement, mais c'est déjà bien assez, de vous prononcer sur un point précis : dans le cadre de cette interdiction, la ministre de la justice a-t-elle eu raison de prescrire de traiter comme elle l'a fait les demandes de délivrance de certificat de nationalité pour des enfants dont il est vraisemblable de penser qu'ils sont nés à l'étranger par GPA ? Le soupçon d'un recours à la GPA par les parents doit-il entraîner le refus de reconnaître les enfants comme français ?

Modestie, le terme convient d'autant mieux à votre tâche que, vous le savez, et nous y reviendrons, les questions de nationalité et de filiation en cas de gestation ou de procréation pour autrui sont de celles dont vous êtes moins naturellement et moins fréquemment conduits à connaître que la Cour de Cassation. Ce n'est que par le caractère un peu attrape-tout qu'a le contentieux des circulaires depuis votre décision de Section *Duvignères* que vous êtes aujourd'hui attirés dans le débat, même si, comme nous aurons l'occasion de vous le rappeler plus en détail dans la suite de notre propos, votre jurisprudence a tout de même déjà eu à connaître de questions relatives à la GPA.

Modestie encore car derrière cette question, se trouvent des réalités extrêmement diverses, qui correspondent à des histoires individuelles et collectives à chaque fois différentes : de l'acte gratuit qui fait écho à des pratiques ancestrales de solidarité familiale, aux formes les plus achevées et les plus sordides d'un commerce mondialisé de la procréation, qui rassemble tous les ingrédients d'une modernité cauchemardesque.

Il faut à cet égard préciser que derrière l'acronyme unique de GPA, que nous utiliserons par facilité de langage dans la suite de nos conclusions, on peut distinguer en réalité deux choses :

- la gestation pour autrui d'une part, qui concerne les hypothèses dans lesquelles une femme qui souhaite être mère ne pouvant pas porter d'enfant, c'est une autre qui portera un enfant qui sera bien biologiquement le sien et celui du père,
- la procréation pour autrui d'autre part, où, que ce soit parce que le couple désirant être parents est composé de deux hommes, ou parce qu'un couple hétérosexuel fait face à un problème de stérilité féminine nécessitant un don d'ovule, une femme va porter pour ces parents un enfant qui ne sera génétiquement lié qu'à l'un des parents dits d'intention.

Le point commun à l'ensemble de ces configurations, et qui explique qu'on les regroupe souvent dans une même catégorie, c'est que la mère qui accouche s'engage à ne pas revendiquer de lien de filiation avec l'enfant qu'elle a porté : elle lui donne naissance pour que d'autres soient ses parents.

Dernière précision enfin, moins destinée à vous qu'à ceux qui nous écoutent aujourd'hui ou qui nous liront demain : dans des affaires particulièrement sensibles et délicates, vous vous attachez toujours, pour la sérénité des débats et la bonne réception de votre décision, à rester entièrement fidèles aux principes qui gouvernent votre office et votre

jurisprudence. Sauf lorsqu'elles appellent nécessairement, pour être tranchées, des innovations ou des précisions inédites, vous ne faites jamais de jurisprudence d'exception pour les affaires d'exception.

Il est temps à présent de vous présenter plus précisément les litiges dont vous avez aujourd'hui à connaître.

*

1. Nous vous proposons de ne pas vous appesantir sur les questions de procédure, qui ne soulèvent pas de difficultés de nature à vous empêcher de vous prononcer sur les questions qui vous sont soumises : la circulaire attaquée présente indubitablement un caractère impératif qui en fait un acte susceptible de recours en excès de pouvoir d'après votre jurisprudence *Duvignères*, et l'intérêt à agir de la plupart des requérants ne pose pas de difficulté, ce qui vous permet d'appréhender l'ensemble des moyens soulevés par les requêtes, sans vous appesantir sur les questions de recevabilité ponctuelles affectant certaines requêtes. Les interventions présentées en défense par l'association CLARA (« comité de soutien pour la légalisation de la GPA et l'aide à la reproduction assistée »), l'association des familles homoparentales, par les époux Menneson, ainsi que par M. Ryckebusch, et l'intervention présentée en demande par l'association Hestia, ne posent pas en elles-mêmes de problèmes de recevabilité, vous les admettez.

2. Avant d'en venir au cœur du débat, il nous paraît utile de vous présenter, en premier lieu, le cadre juridique et jurisprudentiel concernant la gestation pour autrui, qui, comme vous le savez, est pour le moins fourni.

2.1 La GPA fait l'objet d'une interdiction particulièrement nette en droit français

a. C'est d'abord par la voie jurisprudentielle que cette interdiction a été affirmée, de manière constante par la Cour de cassation :

Dès 1989, elle a jugé nulle, en raison de l'illicéité de son objet, la constitution de l'association Alma Mater dont l'objet était de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions de mères porteuses (Cass Civ I, 13 décembre 1989, 88-15655, Bull civ I n°387, D. 1990, p. 273, rapp. J. Massip ; JCP G 1990, II, 21526, note A. Sériaux.) ;

En 1991, l'Assemblée plénière a jugé, à l'occasion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, impossible de prononcer une adoption plénière par la mère d'intention dans le cas où l'enfant est né après un contrat de GPA, au motif que le processus d'ensemble dont cette adoption était l'aboutissement contrevient au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes (Cass Ass. Plén. 31 mai 1991, 90-20105, Bull AP n°4, rapp Y. Chartier : D. 1991, p. 417).

b. C'est ensuite le législateur qui a posé, à l'occasion de la loi bioéthique du 29 juillet 1994², une interdiction de la GPA, qui a été inscrite dans le code civil.

² déclarée conforme à la Constitution, mais sans motifs particuliers sur ce point dans sa décision n°94-43/344DC du 27 juillet 1994.

L'article 16-7 de ce code dispose que : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». L'article 16-9 précise que cette disposition est d'ordre public.

Le législateur a assorti cette interdiction de sanctions pénales. Ainsi, l'article 227-12 du code pénal dispose qu'est puni d'un an de prison et de 15 000 euros d'amende « **le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre.** », étant précisé que, toujours selon le code pénal, d'une part « *Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double* », et que « *la simple tentative de commettre cette infraction est punie des mêmes peines* ». Ces dispositions ne concernent que les hypothèses dans lesquelles l'un au moins des faits constitutifs de l'infraction a été commis sur le territoire français, ce qui explique que des français désireux de recourir à la GPA se soient rendus à l'étranger, dans des pays où le recours à ce procédé est soit autorisé, soit toléré, avec un encadrement juridique et éthique pour le moins variable.

2.2 Dans les pays étrangers, la GPA fait en revanche l'objet de régimes très variables, surtout si au-delà de la question autorisation/interdiction d'y recourir, on s'intéresse aux conséquences concrètes admises ou non en termes de filiation.

On peut dire qu'il n'y a pas, sur cette question de la GPA, de consensus juridique international. Au sein des principaux systèmes juridiques, aucun modèle dominant ou standard n'est identifiable, ainsi que l'a par exemple mis en évidence, pour ce qui concerne l'Union européenne, une étude comparative réalisée sous la direction de Laurence Brunet³ pour le compte du Parlement européen. La recherche de droit comparé à laquelle a procédé la Cour EDH à l'occasion de ses récents arrêts, *Mennesson* et *Labassée contre France*, dont nous reparlerons bien évidemment, sur trente-cinq États parties à la Convention montre que : 14 États parties interdisent expressément le recours à la GPA (dont l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne ou encore la Suède et la Finlande), 10 États ne disposent pas de législation spécifique, ce qui recouvre soit des interdictions en vertu de disposition générales, soit des incertitudes quant au droit applicable (Irlande, Hongrie, Roumanie notamment), et enfin 7 États autorisent la GPA : l'Albanie, la Géorgie, la Grèce, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Russie et l'Ukraine, le plus souvent sous sa forme dite « altruiste », c'est-à-dire gratuite, étant précisé que certains pays n'autorisent pas les étrangers non résidents à y recourir. Enfin quatre États paraissent plus ou moins tolérer la GPA : la Belgique, la République tchèque et, éventuellement, le Luxembourg et la Pologne.

Toujours d'après la Cour, dans 13 de ces trente-cinq États, il est possible pour les parents d'intention d'obtenir la reconnaissance ou l'établissement juridiques du lien de filiation avec un enfant né d'une GPA régulièrement pratiquée à l'étranger, soit par l'exequatur, soit par la transcription directe du jugement étranger ou de l'acte de naissance étranger sur les registres d'état civil, soit par l'adoption⁴. Cela semble également possible

³ A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, dir. L. Brunet, 2013.

⁴ Il s'agit de l'Albanie, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Géorgie, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Irlande, des Pays-Bas, de la République tchèque, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Slovénie et de l'Ukraine.

dans 11 autres États où la GPA est interdite ou n'est pas prévue par la loi⁵, tandis que 11 pays semblent l'exclure⁶.

Les travaux de droit comparé qui ont été menées par votre cellule de droit comparé sur un échantillon plus restreint de pays confirment bien entendu cette diversité, et permettent en outre de mettre l'accent sur les incertitudes et la technicité des questions qui, en aval de l'interdiction de la GPA, se posent en termes de filiation et de nationalité : dans beaucoup d'États, la position des administrations et des juridictions est loin d'être parfaitement fixée, ou constante.

Précisons en outre que la GPA est autorisée dans plusieurs états des Etats-Unis, en Inde et en Thaïlande, même si dans ces derniers pays, de récents scandales conduisent les autorités gouvernementales à envisager des encadrements plus stricts voire des interdictions.

En l'état, et faute de toute convention internationale ou même bilatérale régissant la question, la situation des citoyens français qui se rendent à l'étranger pour avoir à recours à un procédé de GPA dans un cadre plus ou moins légal et organisé – phénomène que l'on range parfois, et rarement pour l'approuver, sous la bannière de « tourisme procréatif » – est complexe. Il y a clairement dans cette démarche un contournement de l'interdiction législative d'ordre public, mais il faut en même temps souligner qu'aucune sanction pénale ne vient punir ce contournement (une proposition de loi n° 2277 a d'ailleurs été déposée le 14 octobre 2014 par le député Jean Leonetti pour compléter le code pénal sur ce point).

Soulignons en outre que le recours à la GPA à l'étranger recouvre des situations très diverses, selon le type d'encadrement législatif dont cette pratique fait l'objet, les conditions juridiques et éthiques dans lesquelles ces pratiques se déroulent, et les règles ayant trait à l'état civil et à la nationalité des enfants.

C'est cette absence d'encadrement qui explique l'importance qu'a prise, dans la dernière décennie, la jurisprudence, car faute que le droit applicable soit clair ou complet sur une question, c'est souvent au juge, par la force des choses, qu'il revient de trancher les questions juridiques, mais aussi très concrètes que posent les situations de fait, avec en arrière-plan un risque d'instrumentalisation évident.

2.3 Au fil des affaires dont elle a été saisie, la Cour de cassation a développé une jurisprudence stricte, tirant toutes les conséquences du caractère d'ordre public de l'interdiction législative, et n'admettant aucune manœuvre de contournement de cette interdiction.

- Elle a ainsi jugé que la voie de l'**adoption ne peut être utilisée** pour permettre à la mère d'intention d'établir un lien de filiation avec l'enfant né d'une GPA (Cass 1^{ère} civ 9 décembre 2003 n°0103927) ;

⁵ en Autriche, en Belgique, en Finlande, en Islande, en Italie (s'agissant du moins du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), à Malte, en Pologne, à Saint-Marin, en Suède, en Suisse et, éventuellement, au Luxembourg.

⁶ Andorre, l'Allemagne (sauf peut-être quant au lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique), la Bosnie-Herzégovine, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, Monaco, le Monténégro, la Roumanie, la Serbie et la Turquie.

- Elle a ensuite jugé que le ministère public pouvait agir pour défendre l'ordre public et contester la transcription à l'état-civil de Nantes d'enfants nés à l'étranger à la suite d'une convention de GPA, en dépit des actes d'état-civil dressés à l'étranger, (Cass Civ I, 17 décembre 2008, 07-20468, Bull civ I n°289). Cette affaire est celle des époux Mennesson, intervenants en défense.

- La Cour de cassation a ensuite, par trois arrêts du 6 avril 2011 abondamment commentés⁷, jugé justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère contraire à l'ordre public international français, lorsqu'elle comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français, comme c'est le cas pour les conventions de gestation pour autrui dès lors que, « en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ; » (Cass Civ I, 6 avril 2011, 10-19053, Bull civ I n°72 (Mennesson II ; Cass Civ I, 6 avril 2011, 09-66486, Bull civ I n°71) ;

Elle a, à cette occasion, également précisé que cette contrariété à l'ordre public international français fait, de même, obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une convention de gestation pour autrui (Cass Civ I, 6 avril 2011, 09-17130, Bull civ I n°70)

A propos de ces affaires de 2011, deux précisions méritent d'être apportées.

- La première est que les hypothèses abordées concernaient des cas dans lesquels les actes d'état civil établis à l'étranger (en Californie, dans le Minnesota) étaient, pour ce qui concerne la mère, infidèles à la réalité biologique.

- La seconde est que pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance, par l'annulation de la transcription, de l'article 8 de la Convention EDH protégeant la vie privée et familiale des requérants, la Cour a jugé « qu'une telle annulation, qui ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien [ou de l'état du Minnesota] leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les [parent d'intention] en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de

⁷ Voir notamment : « Filiation par mère porteuse : entre l'ordre public international et le droit à une vie de famille » Avis de l'avocat général M. Domingo, Gazette du Palais, n° 131-132, 11-12 mai 2011, Jurisprudence, p. 13 à 22 ; « Pour le droit positif français, Ismaël n'est pas Isaac ! », *La Semaine juridique*, édition générale, n° 16, 18 avril 2011, Jurisprudence, n° 441, p. 734 à 736, note François Violla et Mathieu Reynier ; « Stérile randonnée... » *Recueil Dalloz*, n° 15, 14 avril 2011, Edito, p. 1001, note Félix Rome ; « La gestation pour autrui devant la Cour de cassation - à propos des arrêts du 6 avril 2011 », p. 1064, entretien avec Xavier Labbé), *Recueil Dalloz*, n° 22, 9 juin 2011 ; « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *Etudes et commentaires*, p. 1522 à 1529, note Dominique Berthiau et Laurence Brunet ; « Vrais enfants au-delà de l'Atlantique, faux enfants en deçà... », *Revue juridique Personnes et famille*, n° 6, juin 2011, p. 14 à 17, note Marie-Christine Le Boursicot ; « Trois décisions, une même déception », *la Gazette du Palais*, n° 145-146, 25-26 mai 2011, Jurisprudence, p. 7 à 10, note Béatrice Weiss-Gout ; « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil de l'enfant qui en est né », *Droit de la famille*, n° 5, mai 2011, Etudes, n° 14, p. 19 à 21, note Claire Neirinck ; « Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ Famille*, n° 5, mai 2011, Jurisprudence, p. 262 à 265, note François Chénéde ; « Gestation pour autrui : éclairage de droit international », dans la même revue, p. 265-266, note Bernard Haftel ; « Etat civil d'enfants nés d'une convention de mère porteuse : la Cour de cassation n'a pas su faire preuve d'audace » *revue Lamy droit civil*, n° 82, mai 2011, Actualités, n° 4244, p. 45-46, note Julie Gallois.

la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Enfin, en 2013, dans une hypothèse différente où, cette fois, l'acte civil, indien, dont la transcription était demandée correspondait à la réalité biologique, la Cour de cassation a jugé qu'est justifié le refus de transcription au motif que la naissance est l'aboutissement d'une gestation pour autrui, *en fraude à la loi française*, quand bien même la convention de gestation pour autrui serait licite dans le pays considéré (Cass civ I, 13 septembre 2013, 12-18315, publié au bulletin ; V. aussi Cass civ I, 13 septembre 2013, 12-30138, publié au bulletin⁸). Dans ces deux arrêts, fondés, vous l'aurez compris, sur un terrain différent de ceux de 2011, la Cour de cassation précise qu'en présence de cette fraude, ni l'article 3§1 de la convention de New York, ni l'article 8 de la Convention EDH ne sauraient être utilement invoqués. Par un arrêt du 19 mars 2014 (n° 13-50005), la Cour de cassation a réitéré sa jurisprudence, bien que son avocat général l'ait appelée à ne pas écarter, pour ce faire, comme inopérant le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Convention EDH⁹.

La jurisprudence de la Cour de cassation peut ainsi être regardée comme ayant absolument refusé, au nom de l'ordre public et du caractère essentiel des principes en cause pour le droit français, de donner, fût-ce au nom de l'intérêt de l'enfant, un quelconque début de prise à une logique du fait accompli. On relèvera à cet égard que vous n'avez pour votre part, jamais écarté comme inopérant un moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la Convention EDH ou de l'article 3 de la CIDE au motif qu'une fraude avait été commise, ce qui ne signifie pas que vous n'en tenez pas compte dans la balance que vous opérez au titre de l'examen de conventionalité sur cet article.

On doit enfin préciser au terme de ce tableau général que la Cour de cassation n'a jamais été conduite à se prononcer sur la question spécifique qui vous est posée, de la délivrance d'un certificat de nationalité.

2.4 Dans le même temps, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de prendre position à trois reprises

Historiquement, le Conseil d'Etat, avec la décision d'Assemblée du 22 janvier 1988, Association "Les Cigognes", n° 80936, A, a été la première juridiction suprême française à juger qu'était illicite l'objet d'une association visant à faciliter le recours à des mères porteuses. On notera que, sûrement en raison la tradition de prudence et de mesure qui est la vôtre et des particularités du droit d'Alsace-Moselle qui était en l'espèce en cause, vous vous êtes fondés sur les dispositions alors en vigueur du droit pénal, interdisant de contracter un abandon d'enfant, sans consacrer en outre explicitement, contrairement à l'invitation du commissaire du gouvernement de l'affaire, Bernard Stirn, l'autre fondement, que constitue le

⁸ Sur ces arrêts, voir notamment, I. Gallmeister, Dalloz 2013, p. 2382, M. Fabre-Magnan, Dalloz 2013 p. 2384, .Fulchiron, Dalloz 2013 p 2349 ; F.Chénéde, *AJ Famille*, 2013 p. 579, A. Mirkovic, JCP G n° 39 , 23 septembre 2013 p 985 ; A. Gouttenoire, La fraude plus forte que l'intérêt supérieur de l'enfant!, Lexbase Hebdo n °542 du 3 octobre 2013 — édition privée ; RJPF, 2013, n °11, p. 6, obs. M. — C. Le Boursicot, D., 2014, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts.

⁹ V. « La fraude à la loi française commise par le père ne peut pas exclure la protection des droits propres de l'enfant par les conventions internationales », Jean-Paul Jean, avocat général à la Cour de cassationn Recueil Dalloz 2014 p. 901.

principe d'indisponibilité du corps humain, ce qui ne voulait évidemment pas dire que vous l'excluiez.

Dans sa fonction consultative ensuite, à l'occasion de la révision des lois de bioéthique en 2009¹⁰, soit avant les arrêts de la Cour de cassation de 2011 et 2013, le Conseil d'Etat a insisté sur les difficultés rencontrées par les enfants nés de GPA et exploré la piste consistant à dissocier le sort des enfants de celui du contrat illicite ; il lui paraissait possible, en particulier, de reconnaître la filiation paternelle dans le cas où cette filiation est biologique, de la transcrire à l'état-civil français et de prévoir une délégation partage de l'autorité parentale à la mère d'intention. Cette position était antérieure aux arrêts rendus en 2011 et 2013 par la Cour de cassation.

De nouveau au contentieux, enfin, le juge des référés a été par deux fois conduit à statuer sur des litiges relatifs au refus des autorités françaises de délivrer des documents de voyage provisoires à des parents d'un enfant né de GPA.

Par une première ordonnance du 4 mai 2011, *Ministre des affaires étrangères c/ M...*, 348778, aux Tables sur un point de procédure, le juge des référés du Conseil d'Etat a confirmé une ordonnance de référé de première instance qui avait enjoint de délivrer un document de voyage permettant à des enfants nés de GPA d'entrer en France en se fondant sur l'article 47 du code civil, dans un cas où l'acte d'état civil étranger n'était pas mensonger et où le père et la mère biologiques souhaitaient que les enfants soient élevés en France. Le juge des référés a relevé à cette occasion que la circonstance que la conception des enfants aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant.

Quelques mois plus tard, par une ordonnance du 8 juillet 2011, *Ministre des affaires étrangères c/ S...*, 350486 et 350487, aux Tables également, le juge des référés du Conseil d'Etat a infirmé une ordonnance de première instance qui avait enjoint de délivrer un document en raison des contradictions entre les documents produits et de l'incertitude quant à l'identité et la volonté de la mère des enfants.

2.5 Enfin, vous n'ignorez pas que par deux décisions du 26 juin dernier, *Menesson c. France* (requête no 65192/11) et *Labassée c. France* (requête no 65941/11), devenus définitives, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), saisie par les époux Menesson et Labassée des affaires à propos desquelles la Cour de cassation avait rendu ses décisions du 6 avril 2011 précitées, a jugé que le refus de transcription des actes d'état civil étrangers établis aux Etats-Unis pour les enfants nés par GPA portaient atteinte au droit de ces enfants au respect de leur vie privée, protégée par l'article 8 de la Convention.

Le retentissement de ces arrêts a été considérable et il est clair qu'ils déstabilisent directement la construction jurisprudentielle qu'avait élaborée la Cour de cassation à partir de l'article 16-7 du code civil.

¹⁰ Etude sur la révision des lois de bioéthique adoptée par l'assemblée générale plénière le 9 avril 2009 (La documentation française, 2009), pp. 63 à 66.

Il ne nous revient évidemment pas, et particulièrement pas, s'agissant de décisions concernant la jurisprudence de la Cour de cassation, de les commenter, ce qui du reste est abondamment fait dans la doctrine¹¹, mais il nous appartient en revanche bien entendu d'en prendre acte, et d'en tirer toutes les conséquences.

Nous nous bornerons donc à quelques observations de lecture de ces arrêts :

En premier lieu, la méconnaissance identifiée par la Cour se limite au droit des enfants. Si la décomposition de son raisonnement, qui ne décèle d'abord pas de méconnaissance de l'article 8 à l'égard des parents, pour ensuite en trouver une à l'égard des enfants, alors même qu'un lien de filiation concerne par essence les deux ensembles que ce lien relie, parents et enfants, peut surprendre en première analyse, il nous semble que cette décomposition a le mérite pédagogique d'indiquer que l'interdiction de la GPA n'est en rien contraire à la Convention et que la dissuasion du recours à la GPA à l'étranger doit passer par des dispositions juridiques concernant les parents et non les enfants. La Cour relève ainsi, nous la citons: « Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. »

En deuxième lieu, on relèvera que le constat de violation ne concerne que le droit au respect de la vie privée, et non au respect de la vie familiale des requérants, la Cour EDH jugeant à cet égard « que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale ».

En troisième lieu, le constat de violation prononcé par la Cour EDH concerne un cas de lien de filiation biologique : elle a jugé qu' « *au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt Jäggi précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* ». Pour ce qui concerne la reconnaissance des liens filiation avec des parents d'intention qui n'ont aucun lien biologique avec l'enfant, il nous paraît difficile de tirer une quelconque conclusion de l'arrêt de la Cour, et la plus grande prudence s'impose à nos yeux : on se saurait affirmer que l'arrêt impose la transcription du lien de filiation établi entre un enfant né par GPA et sa mère d'intention lorsque cette dernière n'a pas de lien biologique avec lui, ni non plus qu'elle l'exclut. Il nous semble que la question n'est pas tranchée, ni dans un sens, ni dans l'autre, par l'arrêt.

¹¹ Voir notamment « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », B. WALTZ-TERACOL, Petites affiches, 21 novembre 2014 n° 233, p. 4 ; « Quand les droits de l'homme, pour servir l'intérêt de l'enfant, privilégient les pères, ignorent les mères et favorisent la gestation pour autrui » CNeirinck, *Droit de la famille* n°9 sept 2014 comm 128 ; « Condamnation mesurée de la CEDH », A Gouttenoire, JCP 28 juillet 2014, 877 ;

En tout état de cause, il est clair que ces décisions de la Cour EDH vont conduire la Cour de Cassation à prendre position, étant rappelé que, si l'on se gardera bien de faire le moindre pronostic en l'espèce sur des questions aussi sensibles et cardinales, on peut dire qu'en général, la Cour de cassation, comme vous le faites, met sa jurisprudence au diapason de celle de la Cour EDH¹². Certains observateurs ont relevé que peu de temps après l'arrêt de la Cour EDH, la Cour de cassation avait d'ailleurs eu à rendre un avis très remarqué sur le sujet de la PMA, aux termes duquel : « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. » (avis n° 15011 du 22 septembre 2014, avec les conclusions de l'avocat général M. Sarcelet). Mais la question de la PMA et de la GPA ne soulèvent pas les mêmes enjeux et l'on ne saurait donc surinterpréter cette décision, par ailleurs extrêmement importante.

Au-delà, ces décisions posent également la question de savoir s'il y a lieu, sur le plan national ou international, d'intervenir pour clarifier, d'une part, la situation des parents ayant recours à un procédé de GPA à l'étranger, d'autre part, le statut des enfants nés dans de telles conditions. La logique de l'arrêt de la Cour EDH, (dissuasion possible en amont à l'égard des parents, prise en compte de l'intérêt de l'enfant en aval), pose en effet la question d'un éventuel recalibrage du cadre juridique français sur ces deux points. A cet égard, les pistes évoquées par le rapport du Conseil d'Etat précité de 2009, notamment celle d'un mécanisme de filiation putative, ou encore celle de la seule reconnaissance de lien de filiation à l'égard des parents biologiques (du seul père le plus souvent) avec un partage de l'autorité parentale avec le parent d'intention par exemple), ou encore les pistes envisagées par le récent rapport d'Irène Théry¹³, pourraient utilement être réexaminées. Quant au plan international, des travaux sont en cours au sein de la conférence de La Haye de droit international privé pour élaborer une convention internationale permettant de fixer un cadre sur la question.

Nous relèverons de manière incidente que certains observateurs se sont interrogés sur le point de savoir si la portée des arrêts Mennesson et Labassée ne dépassait pas du reste la seule question de la transcription du lien de filiation des enfants nés après une GPA à l'étranger : l'importance accordée au lien biologique sur laquelle ils semblent reposer pourrait en effet à leurs yeux avoir des effets sur d'autres pans du droit civil, notamment par exemple sur la question de la filiation des enfants nés d'un inceste. Mais sans nous engager plus avant dans cette question, nous nous bornerons à relever qu'à bien les lire, les arrêts de la Cour ne consacrent pas un primat absolu du lien biologique et que la prise en compte de ce paramètre intervient dans le contexte très circonstancié et spécifique des problématiques liées à la GPA.

¹² Voir par exemple les motifs de la décision d'Assemblée plénière, du 15 avril 2011 (n°1017049, 1030313,1030316,1030242) : « les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », reprenant ainsi les motifs d'une décision de la Cour EDH du 22 avril 1993, *Modinos/Chypre*, req n° 15070/89.

¹³ *Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, I. Théry et M-A. Leroyer, La Documentation française, 2014.

Enfin, les arrêts de la Cour EDH abordent, dans leurs motifs, très directement la question de la délivrance des certificats de nationalité, et de la circulaire litigieuse. Nous vous détaillerons en quels termes dans un instant.

3. La circulaire attaquée concerne seulement la question spécifique des certificats de nationalité

Il est temps d'en venir au contenu de la circulaire.

3.1 Que dit la circulaire ?

Adressée aux procureurs généraux, aux procureurs de la République et aux greffiers en chef des tribunaux d'instance, cette circulaire est relative aux conditions de délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de Français « lorsqu'il apparaît, avec suffisamment de vraisemblance, qu'il a été fait recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ». Elle demande à ses destinataires de veiller « à ce qu'il soit fait droit » aux demandes de certificat, sous réserve que les autres conditions rappelées par la circulaire du 5 mai 1995 relative à la délivrance des certificats de nationalité française soient remplies, « dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état-civil étranger probant au regard de l'article 47 du code civil ». Elle précise que « le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française dès lors que les actes d'état-civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 ».

3.2 Qu'en déduire concrètement ? La question n'a rien d'évident car par sa généralité et, il faut le dire, par ses ambiguïtés, la circulaire n'éclaire pas complètement la question qu'elle aborde.

Le certificat de nationalité est régi par les articles 31 à 31-3 du code civil. Il est délivré par le greffier en chef du tribunal d'instance à toute personne qui justifie avoir la nationalité française (article 31). Il constitue un mode de preuve de la nationalité, celui qui détient un certificat étant présumé Français jusqu'à preuve contraire (2^{ème} phrase du 1^{er} alinéa de l'article 31-2). L'autorité qui délivre le certificat de nationalité française agit comme autorité administrative, avec un recours administratif possible devant le ministre de la justice (V. l'article 31-3 du code civil). Depuis votre décision de Section du 17 mars 1995, *S...*, n° 130 (p.135), qui est revenue sur une jurisprudence du 25 juillet 1975, *Dame C...*, p.442, le contentieux des refus de certificat de nationalité est entièrement judiciaire, même pour son versant indemnitare.

La circulaire admet donc que le recours à la GPA à l'étranger pourrait conduire à des actes d'état-civils probants au sens de l'article 47 du code civil.

L'article 47 traite de la force juridique des actes d'état-civil établis à l'étranger. Entre 1962 et 2003, il se bornait à dire que « *Tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* ». La formulation a été durcie par la loi du 26 novembre 2003 de maîtrise de l'immigration, pour dire désormais : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus,*

des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Ce sont des motifs de lutte contre la fraude documentaire et de maîtrise de l'immigration qui ont conduit à ces modifications.

Toute l'ambiguïté est que, selon les démarches individuelles, les cadres juridiques locaux et les pratiques institutionnelles réelles, l'article 47 a pour conséquence qu'au moins certains actes de naissance d'enfants nés de GPA à l'étranger pourraient ne pas être probants au sens de l'article 47, notamment au regard de l'exigence que les faits déclarés correspondent à la réalité.

La Cour EDH ne s'y est pas trompée du reste, lorsque la question a été abordée devant elle. Le Gouvernement, en défense, faisait valoir que les enfants nés de GPA pouvaient obtenir un certificat de nationalité, en mettant en avant la circulaire.

L'appréciation de la Cour mérite d'être citée in extenso : *« La Cour note cependant que des interrogations subsistent quant à cette possibilité. En premier lieu, elle observe qu'aux termes mêmes du texte ainsi invoqué, la nationalité française est attribuée à raison de celle de l'un ou l'autre parent. Or elle constate que la détermination juridique des parents est précisément au cœur de la requête qui lui est soumise. Ainsi, à la lecture des observations des requérants et des réponses du Gouvernement, il apparaît que les règles de droit international privé rendent en l'espèce particulièrement complexe, voire aléatoire, le recours à l'article 18 du code civil pour établir la nationalité française des troisième et quatrième requérantes. En second lieu, la Cour note que le Gouvernement tire argument de l'article 47 du code civil. [...]. Se pose donc la question de savoir si un tel cas d'exclusion est constitué lorsque, comme en l'espèce, il a été constaté que les enfants concernés sont issus d'une gestation pour autrui obtenue à l'étranger, ce que la Cour de cassation analyse en une fraude à la loi. Or, bien qu'invité par le Président à répondre à cette question et à préciser s'il existait un risque qu'un certificat de nationalité ainsi établi soit ensuite contesté et annulé ou retiré, le Gouvernement n'a fourni aucune indication. »*

3. On peut en venir au cœur du débat : la circulaire de la garde des sceaux est-elle légale ?

3.1 Comme le rappelle la jurisprudence *Duvignères*, une circulaire est illégale si, dans le silence des textes, elle fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence ou d'une autre illégalité (invoquée) ou si elle prescrit d'adopter une interprétation qui méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, ou qui réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure.

Malgré l'importance prise par la jurisprudence dans le cadre juridique qui est celui du présent litige, nous ne croyons pas que vous soyez ici dans le cas particulier des circulaires interprétant un arrêt ou une décision juridictionnelle, pour lequel vous avez précisé que votre office consistait à vérifier que l'interprétation est fidèle à la portée de la décision juridictionnelle commentée, mais pas de porter un jugement sur le bien-fondé de cette décision de justice commentée (24 avril 2012, *A...*, n° 345301, tables ; 23 juillet 2012, *Association Enfance et familles d'adoption*, n° 347677, tables). La circulaire ici attaquée ne commente pas la jurisprudence de la Cour de cassation, elle ne la mentionne d'ailleurs même

pas, même si celle-ci est nécessairement en arrière-plan : elle prescrit à ses agents un comportement dans une hypothèse particulière sur un sujet particulier.

Enfin, il nous semble important d'insister sur un point, qui est une donnée constante de votre office, bien connue de vous qui tient en deux propositions :

- invariablement, en cas de recours pour excès de pouvoir contre une circulaire, vous examinez la légalité de cette circulaire à la date de son édicton ;
- pour autant, cette règle n'implique en rien que vous ne puissiez pas tenir compte d'événements postérieurs à cette date lorsque ces événements sont de nature à éclairer rétrospectivement les circonstances de fait et de droit prévalant au jour de l'édiction de la circulaire attaquée.

Parmi ces circonstances, figure, presque au premier rang, l'intervention de décisions juridictionnelles de nature à éclairer rétrospectivement le droit applicable : les décisions *Menesson* et *Labassée* rendues par la Cour EDH en 2014 n'ont pas pour conséquence que le refus de transcription des actes d'état civil soit contraire à l'article 8 de la Convention à compter de cette date : ils révèlent que ce refus a toujours été contraire à cet article. La circonstance que certaines des décisions essentielles dans notre contentieux, celles de la Cour de cassation de 2013, et celles de la Cour EDH de 2014, soient postérieures à l'édiction de la circulaire est donc indifférente : vous devez en tenir compte pour juger de la légalité de la circulaire car elles révèlent l'état du droit au moment de l'édiction.

Vous devez d'autant plus en tenir compte, si vous nous permettez cette dernière précision, que vous vous efforcez toujours d'être un acteur loyal de ce qu'il est convenu d'appeler le dialogue des juges, que ce soit avec les autres juridictions suprêmes françaises ou bien avec les juridictions européennes. Si un tel dialogue n'exclut pas que, sur des questions ponctuelles, les jurisprudences se rejoignent progressivement, il interdit en revanche absolument, contrairement à ce à quoi vous invitent certains des requérants dans leurs ultimes écritures, que vous adoptiez une solution frontalement contraire à celui d'une cour européenne.

Récemment, vos arrêts de Section *B...*, n°328502, du 4 octobre 2012 et d'Assemblée *Vernes* du 30 juillet 2014, ont exprimé nettement ce qu'implique l'exécution d'un arrêt de la Cour de Strasbourg : la décision *Vernes* rappelle ainsi qu' « *il résulte des stipulations de l'article 46 de la convention EDH que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un Etat partie à la convention implique, en principe, que cet Etat prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation ;* ». Cet impératif de « disparition de la source de cette violation » s'adresse aussi, nous semble-t-il, au juge national, dans la mesure où il peut lui revenir de prendre position.

Vous conviendrez avec nous qu'il y a, il est vrai, des configurations plus simples, pour manifester cet effort de dialogue loyal, que celles d'aujourd'hui, qui vous place dans la désagréable posture apparente de devoir prendre parti dans un dialogue encore dissonant, et en tout état de cause inachevé, entre deux juridictions, qui plus est sur un terrain, qui, même si rien de juridique ne vous est étranger, ne vous est pas habituel.

C'est dans cet esprit de modestie, de respect à l'égard des autres cours et de pragmatisme que vous devrez trancher la question qui se pose à vous aujourd'hui.

3.2 Et il ne nous semble pas que, en restant fidèle à cette inspiration, vous pourriez faire droit au moyen central des requêtes, selon lesquelles la circulaire prescrirait un comportement administratif qui serait contraire à la loi, tel qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Comme nous vous l'avons dit, la Cour EDH a jugé que le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8, était méconnu par le refus de la reconnaissance et de l'établissement de sa filiation en droit interne à l'égard de son père biologique. Elle a dans cette mesure remis en cause la portée absolue que la jurisprudence de la Cour de cassation avait conférée aux articles 16-7 et 16-9 du code civil. Et dès lors qu'un lien de filiation avec un parent français ne peut être refusé, l'article 18 du code civil selon lequel « *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* » a pour effet que la nationalité française de cet enfant ne peut lui être déniée. La circulaire est conforme à cette ligne.

A vrai dire, la décision de la Cour EDH nous semble même constituer, pour la question qui nous occupe, un *a fortiori*.

En l'absence de cet arrêt, vous auriez été en effet confrontés à une redoutable question. Autant il est clair que la jurisprudence de la Cour de cassation déniait tout effet de filiation après une naissance par GPA, autant cela eût été aller encore plus loin de votre part que de dénier la nationalité française aux enfants nés de GPA, alors que la nationalité d'une personne la concerne au premier chef, alors qu'elle est, bien qu'elle en soit une sorte de dérivé, sans effet reconnaissant en termes de filiation et alors qu'elle est d'ailleurs reconnue comme une composante à part entière de l'identité de la personne, protégée au titre de la vie privée par l'article 8, même lorsqu'elle possède déjà une autre nationalité (voyez à cet égard l'important arrêt de la Cour EDH *Genovese c. Malte*, n° 053124/09, § 33, 11 octobre 2011 auquel vous n'avez pas eu encore l'occasion de faire écho dans votre jurisprudence).

Votre rôle eût alors été particulièrement délicat car vous auriez eu à choisir entre d'une part envisager une sorte de démembrement juridique entre la filiation à proprement parler – impossible à reconnaître en droit français – et ses effets seconds en termes de nationalité ou, d'autre part, porter un cran supplémentaire de rigueur dans les conséquences à tirer de l'article 16-7 du code civil, cran supplémentaire qui aurait été selon nous disproportionné au regard de l'article 8.

Mais dès lors qu'il est jugé par la Cour EDH contraire à la Convention de refuser la transcription du lien de filiation lui-même, il serait également contraire à cette même Convention de refuser d'en tirer les conséquences qui s'imposent en termes de nationalité, étant souligné encore une fois que la nationalité ne concerne que les enfants, et non les parents, et qu'elle n'a aucun effet reconnaissant quant à la filiation.

Les esprits les plus subtils pourraient s'interroger, eu égard à ce qu'on a dit plus haut de l'importance accordée par la Cour EDH au lien biologique, sur le point de savoir ce qu'il en serait dans l'hypothèse d'une demande de délivrance d'un certificat de nationalité concernant un enfant né d'une mère d'intention française et d'un père biologique étranger. Comme on l'a dit, cette question reste, pour ce qui concerne en tous cas la transcription des

liens de filiation, ouverte, et ce n'est certainement pas à vous de la trancher aujourd'hui. La circulaire ne prend pas non plus clairement parti sur le sujet, car son rappel de l'exigence de respect de l'article 47 du code civil peut conduire, en fonction des conditions juridiques et factuelles dans lesquelles s'est fait la GPA et s'est établi le certificat, à des appréciations circonstanciées de la part des greffiers en chef. La jurisprudence judiciaire pourra être conduite, le cas échéant, en fonction des circonstances particulières d'une espèce ayant conduit à un refus, à préciser les choses à cet égard. Pour notre part, dans une hypothèse où la GPA s'est déroulée dans des conditions juridiques régulières dans le pays étranger où elle a eu lieu, et eu égard à la jurisprudence la Cour EDH et à sa dynamique, nous estimons qu'il serait probablement contraire à l'article 8 de la Convention protégeant l'identité de l'enfant au titre de sa privée, de ne pas lui délivrer de certificat de nationalité française. Mais en cas de difficulté, ce sera, encore une fois, aux juridictions judiciaires de trancher,

Et dès lors qu'en tout état de cause la circulaire réserve la question du caractère probant des actes d'état civil, il nous semble qu'elle n'est pas entachée de l'illégalité alléguée.

4. Les autres moyens soulevés nous paraissent également devoir être écartés. Nous serons beaucoup plus rapides.

4.1 Le directeur des affaires civiles et du sceau était habilité à signer la circulaire attaquée au nom de la ministre en vertu des dispositions du 1° de l'article 1er du décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement.

4.2 Contrairement à ce qui est soutenu, les dispositions de l'arrêté du 22 décembre 1977 relatif au rôle et à la composition de la commission permanente d'études instituée au ministère de la justice, n'imposaient pas de consulter cette commission préalablement à la signature de la circulaire attaquée.

4.3 Vous pourrez aussi écarter les moyens tirés de la méconnaissance du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation, des stipulations du protocole additionnel à la convention des Nations-Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, et de celles de la convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

4.4 La circulaire ne porte pas non plus atteinte à l'exercice par l'autorité judiciaire de ses compétences; et elle n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale.

4.5 Enfin, l'article 31-2 du code civil selon lequel « Pour l'établissement d'un certificat de nationalité, le greffier en chef du tribunal d'instance pourra présumer, à défaut d'autres éléments, que les actes d'état civil dressés à l'étranger et qui sont produits devant lui emportent les effets que la loi française y aurait attachés. » n'a pas la portée que lui prêtent les requérants, et l'invocation de sa méconnaissance nous paraît infondée.

5. Avant d'en finir, il ne nous reste plus qu'à vous dire que, si vous nous suivez, votre décision sera immanquablement brandie par les uns comme un pas de plus vers la reconnaissance de la GPA et vilipendée par les autres comme une déstabilisation de plus de la loi l'interdisant

Ce serait là, vous le savez, une injuste caricature de votre décision. Vous avez à vous prononcer sur un point certes non dénué d'importance, mais circonscrit, qui concerne la délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés de GPA. Rien de plus.

Votre décision n'empiètera en rien sur les décisions qu'il incombera, le cas échéant, à la Cour de cassation de prendre sur les questions de filiation et de validité des actes d'état civil établis à l'étranger.

Votre décision ne remettra en cause ni l'interdiction législative de la GPA, ni son caractère d'ordre public.

Elle sera en outre en ligne avec votre position qui a mis en avant l'attention particulière qu'il incombait de porter à l'intérêt supérieur de l'enfant. Et il nous paraît bon que dans la République, on ne reproche à personne les circonstances de sa naissance.

Préfaçant la réédition des cours de contentieux administratif du président Odent, le président Denoix de Saint Marc disait que l'état d'esprit du bon juge était, à ses yeux, « fait de modestie, de pragmatisme et de sagesse ». Nous formons, pour conclure, le vœu que ces trois termes puissent inspirer, non pas seulement votre office au moment où vous vous prononcerez sur ces affaires, mais aussi l'esprit de ceux qui liront la décision que vous rendrez.

Par ces motifs, nous concluons à l'admission des interventions, au rejet des requêtes, et au rejet des conclusions par les requérants ou intervenants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.