

N° 411984

M. W...

2^e et 7^e chambres réunies

Séance du 8 juillet 2019

Lecture du 31 juillet 2019

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

Il y a un peu plus de cent trente ans, la loi du 26 juin 1889, premier texte transversal du droit de la nationalité en France, rompt avec le principe du caractère personnel de la naturalisation¹, pour épouser le principe de son effet collectif. Elle insérait alors un nouvel article 12 dans le code civil, dont le dernier alinéa énonçait : « Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité (...) ».

Ce principe d'extension de la naturalisation aux enfants mineurs, si ses conditions ont évolué, n'a, depuis lors, jamais quitté notre droit. Il figurait à l'article 7 de la loi sur la nationalité du 10 août 1927, puis à l'article 84 du code de la nationalité française issu de l'ordonnance du 19 octobre 1945. Il résulte depuis 1993 de l'article 22-1 du code civil, qui énonce, dans sa version actuelle, en son premier alinéa, que « L'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce », et dont le second alinéa précise que ces dispositions « ne sont applicables à l'enfant d'une personne qui acquiert la nationalité française par décision de l'autorité publique ou par déclaration de nationalité que si son nom est mentionné dans le décret ou dans la déclaration ».

Cette condition de mention du nom des enfants dans le décret de naturalisation a été ajoutée en 1993 afin d'établir avec certitude quelles personnes deviennent françaises en vertu de la décision de l'autorité publique. Elle peut conduire à ce qu'une personne naturalisée demande au Gouvernement de modifier le décret par lequel elle a acquis la nationalité afin qu'y soit ajouté le nom de ses enfants – et, le cas échéant, à ce qu'elle conteste devant vous² le refus qui lui est opposé.

Tel est le cas de M. W... : né australien, il a acquis la nationalité française en vertu d'un décret du 25 avril 2017, qui ne mentionne pas le nom de ses deux enfants, M... et L.... Ces derniers ne sont donc pas devenus français en même temps que M. W..., qui vous demande d'annuler

¹ V., sur l'état épars du droit de la naturalisation avant cette loi, Arzu Aktas, L'acquisition et la perte de la nationalité française : 1804-1927 (thèse), Droit, Université Paris-Est, 2011.

² Qui êtes bien compétents pour en connaître en premier ressort (v. 26 novembre 2012, M. G..., n° 356105, Rec. p. 389).

le refus de modifier le décret qui le naturalise et d'enjoindre au ministre de l'intérieur de proposer au Premier ministre la modification de ce décret.

Le refus du ministre est fondé sur la circonstance que les enfants de M. W... sont nés d'une gestation pour autrui.

Vous le savez, l'article 16-7 du code civil, adopté par la loi de bioéthique de 1994³, frappe de nullité toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui⁴. Cette nullité est d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code.

Vous le savez aussi, la Cour de cassation a, sur le fondement de ces dispositions, jugé que des conventions de gestation pour autrui, contraires à l'ordre public international français⁵, ne pouvaient produire d'effet sur l'état civil national, quand même elles auraient été licitement conclues à l'étranger. Elle l'a d'abord jugé de manière générale, en se fondant sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes (v. les trois arrêts de la 1^{ère} Chambre civile du 6 avril 2011, n°s 09-17.130, 09-66.486 et 10-19.053, Bull. Civ. I n°s 70, 71 et 72). Elle en a déduit que ne pouvaient légalement être transcrits sur les registres d'état civil des actes de naissance étrangers qui donnaient effet à des conventions de gestation pour autrui (1^{ère} et 3^{ème} espèces) et que ne pouvait légalement être invoquée une possession d'état pour l'établissement d'une filiation en conséquence d'une convention de gestation pour autrui (2^{ème} espèce).

Par des motifs légèrement différents mais non moins généraux, elle a ensuite jugé justifié, en l'état du droit positif, le refus de transcription d'un acte de naissance étranger lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour autrui qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ; elle a précisé qu'en présence d'une telle fraude à la loi⁶, ni l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de New York⁷, ni le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention EDH ne pouvaient utilement être invoqués (v. les deux arrêts de la 1^{ère} Chambre civile du 13 septembre 2013, n°s 12-30.138 et 12-18.315, Bull. Civ. I n° 176 ; v. aussi Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, Bull. Civ. I n° 45).

La Cour européenne des droits de l'homme a, vous le savez encore, condamné la France à raison de cette approche de principe, par deux arrêts du 26 juin 2014, *Mennesson c. France* (n° 65192/11) et *Labassee c. France* (n° 65941/11), sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Elle l'a fait, cependant, par une approche très circonscrite. La Cour a admis, d'abord, que l'ingérence dans la vie privée et familiale résultant du refus de reconnaître une filiation établie à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui était prévue par la loi et que la volonté de la France de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à

³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

⁴ Il consacre la jurisprudence de la Cour de cassation, qui était fondée sur l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (v. Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15.655, Bull. Civ. I n° 387 ; Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén n° 4 ; Civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-13.563, Bull. Civ. I n° 226).

⁵ C'est-à-dire à des principes essentiels du droit français (v. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740, Bull. Civ. I n° 162).

⁶ Qui fait obstacle à ce que l'ordre public international ne s'applique que de façon « atténuée » (v. Civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, *Rivière*, Bull. Civ. I n° 121 : « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger »).

⁷ Sur ce point, v. précédemment Civ. 1^{ère}, 17 novembre 2010, n° 09-68.399, Bull. Civ. I n° 236.

une procréation qu'elle prohibe sur son territoire, dans le but de préserver les enfants et la mère porteuse, poursuivait des buts légitimes de protection de la santé et de protection des droits et libertés d'autrui. Elle a ensuite jugé que cette ingérence ne portait pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale des parents dits « d'intention » – c'est-à-dire des parents ayant eu recours à une gestation pour autrui et s'étant vu confier l'enfant – et des enfants. Elle a uniquement jugé, après avoir relevé l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, que l'impossibilité de la reconnaissance et de l'établissement de la filiation des enfants à l'égard de leur père biologique portait une atteinte excessive au droit des enfants au respect de leur vie privée.

Deux éléments paraissent déterminants dans ces arrêts. Le premier est le lien biologique entre le père d'intention et le ou les enfants ; dans les deux affaires dont la Cour était saisie, le père d'intention était le père biologique des enfants – ce qui n'est pas toujours le cas. Et la condamnation de la Cour s'étend uniquement à l'obstacle fait à la reconnaissance et l'établissement en France d'une filiation qui correspond à la réalité biologique – et donc de la seule filiation à l'égard du père d'intention, père biologique. Le second élément déterminant est la différence de situation entre les parents et les enfants : la Cour le souligne, seuls les parents ont fait le choix d'avoir recours à une gestation pour autrui ; or le refus de faire produire effet sur l'état civil national à des actes de naissance étrangers établis à la suite d'une gestation pour autrui a des conséquences importantes sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de l'enfant qui, par construction, est étranger à toute fraude à la loi et dont l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale dans les décisions qui le concernent. En somme, la Cour met en lumière le relatif paradoxe qui réside dans le fait que le contournement, par les parents, d'une interdiction qui pèse sur eux ait pour conséquence, sinon principale du moins importante, une forme de sanction civile frappant l'enfant⁸.

Peu de temps après ces arrêts, vous avez, par une décision du 12 décembre 2014 (Association Juristes pour l'enfance et autres, n°s 367324 e. a., Rec. p. 382), jugé que la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat de gestation pour autrui, entaché de nullité au regard de l'ordre public français, ne pouvait, sans porter une atteinte excessive au droit de l'enfant au respect de sa vie privée, conduire à priver cet enfant de la nationalité française à laquelle il a droit lorsque sa filiation avec un Français est établie. Vous en avez déduit que la circulaire du Garde des sceaux dont vous étiez saisis avait légalement indiqué que le seul soupçon de recours à une convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui ne pouvait 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 pouvaient être regardés comme probants au sens de l'article 47 du code civil.

Cette décision, illustration remarquable de la maxime selon laquelle il n'est aucune difficulté juridique qu'une formulation ambiguë ne puisse résoudre, laissait ouverte la question de savoir comment la filiation avec un Français était établie. Transposant en matière de nationalité les arrêts de la Cour de Strasbourg, elle écartait néanmoins clairement l'approche consistant à refuser par principe, au nom de la conception française de l'ordre public

⁸ Les sanctions pénales prévues par les articles 227-12 et 227-13 du code pénal pour la provocation à l'abandon d'enfant, l'entremise entre un ou des parents et une mère porteuse et les atteintes à l'état civil ne s'appliquent pas, en vertu de l'article 113-6 de ce code, si les faits sont commis hors du territoire dans un pays dont la législation ne les punit pas.

international, de tirer quelque conséquence que ce soit d'un lien de filiation établi à la suite d'une gestation pour autrui.

La Cour de cassation a, quant à elle, fait évoluer sa jurisprudence pour tirer les conséquences des arrêts de la CEDH. Par deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 (n°s 14-21.323 et 15-50.002, Bull. Ass. plén. n° 4), qui ne sont pas sans écho de votre décision du 12 décembre 2014, elle a renoncé à l'interdiction de principe de tirer toute conséquence d'actes d'état civil étrangers consécutifs à une gestation pour autrui⁹ – qu'elle soit fondée sur l'ordre public international ou sur la fraude à la loi. Elle a jugé, en se fondant notamment sur l'article 8 de la Convention, que trouvait seulement à s'appliquer, y compris à ces actes, l'article 47 du code civil¹⁰, selon lequel « 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, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. » ; elle en a déduit que, sauf à ce qu'il soit irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité, un acte d'état civil étranger, même consécutif à une gestation pour autrui, devait être transcrit sur les registres de l'état civil.

Un peu comme votre décision du 12 décembre 2014, ces arrêts laissaient ouverte la question de savoir comment devait être appréciée la correspondance avec la réalité, au sens de l'article 47 du code civil, des liens de filiation déclarés dans les actes étrangers consécutifs à des gestations pour autrui. La 1^{ère} chambre civile a opté pour une application *a minima* de la jurisprudence de la CEDH : elle a jugé que, lorsque le père d'intention est le père biologique de l'enfant, l'acte étranger qui désigne ce père est conforme à la réalité ; s'agissant en revanche de la mère, elle a jugé que la réalité, au sens de l'article 47 du code civil, était la réalité de l'accouchement (v. ses deux arrêts du 5 juillet 2017, n°s 15-28.597 et 16-16.901 16-50.025, Bull. Civ. I n°s 163 et 164 ; v. aussi Civ. 1^{ère}, 29 novembre 2017, n° 16-50.061, Bull. Civ. I n° 239). En d'autres termes, la Cour de cassation a jugé que l'acte d'état civil étranger établissant la filiation entre l'enfant né d'une gestation pour autrui et ses deux parents d'intention ne devait être transcrit que dans la mesure où il déclare la filiation de l'enfant avec son père biologique. *A contrario*, un lien de filiation avec la mère d'intention, qui n'a pas accouché, et un lien de filiation avec le père d'intention, s'il n'est pas le père biologique, ne peuvent être transcrits. La Cour de cassation admet néanmoins, au prix d'un revirement de jurisprudence, que la mère d'intention ou le père d'intention qui n'est pas le père biologique puissent adopter l'enfant dont la filiation a été transcrite à l'égard de leur époux, père biologique (v. les deux arrêts précités du 5 juillet 2017 et, du même jour, Civ. 1^{ère}, n° 16-16.455, Bull. Civ. I n° 165).

Par cette jurisprudence, alors que l'Assemblée plénière avait renoncé à sa position de principe sur l'ordre public international français, la 1^{ère} chambre civile a, en quelque sorte, réintroduit cet ordre public dans la condition de correspondance à la réalité posée par l'article 47 du code civil. Car ses arrêts conduisent à donner à cet article – à tout le moins lorsque les actes d'état

⁹ Dans le premier arrêt, elle censure ainsi un arrêt qui avait refusé de transcrire un acte de naissance sur les registres de l'état civil au motif qu'il était consécutif à un processus frauduleux.

¹⁰ Et, s'agissant de transcription d'actes faits en pays étranger, l'article 7 du décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes d'état civil, qui prévoit et régit cette transcription, et dont les dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article 24 du décret n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil.

civil faits en pays étranger sont consécutifs à une gestation pour autrui – une portée bien supérieure à celle qui résulte de sa lettre et de l'intention du législateur.

En disposant que les actes d'état civil faits en pays étranger font foi sauf s'il est établi, par tout moyen, qu'ils sont irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité, le législateur n'a nullement entendu, en effet, gouverner l'établissement de la filiation à l'étranger ou restreindre les conditions de reconnaissance, en France, d'actes d'état civil étrangers établissant des liens de filiation¹¹. Vous avez vous-mêmes interprété la notion d'absence de correspondance à la réalité comme renvoyant simplement à l'inexactitude de l'acte (v. 26 avril 2018, avis, M. C..., n° 416550, inédit au Recueil) – c'est-à-dire au fait qu'il déclare à tort, par exemple, qu'un lien de filiation a été établi conformément à la loi étrangère. En d'autres termes, l'article 47 n'a pas été conçu pour écarter la loi étrangère, mais simplement pour écarter des actes étrangers qui ne sont pas conformes en fait à la loi dont ils relèvent – sa deuxième partie, qui s'ouvre par « sauf si », n'est rien d'autre, en somme, qu'une disposition de lutte contre la fraude documentaire¹². En y intégrant les principes du droit civil français qui régissent la filiation (réalité de l'accouchement, paternité biologique), la jurisprudence civile a donc fait de cette disposition relative à la force probante des constats de fait opérés par des actes étrangers selon leur droit une disposition relative à la conformité des actes étrangers aux principes essentiels du droit français¹³.

C'est cet état jurisprudentiel¹⁴ que, par un arrêt du 5 octobre 2018 (n° 10-19.053, publié au Bulletin), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a soumis à la Cour de Strasbourg¹⁵, sur le fondement du Protocole additionnel n° 16 à la Convention, qui était entré en vigueur le 1^{er} août précédent et a été publié au Journal officiel le 15 novembre suivant¹⁶. Plus précisément, l'Assemblée plénière lui a demandé de formuler un avis sur la compatibilité à l'article 8 du refus de transcrire l'acte de naissance d'un enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger en ce qu'il établit un lien de filiation avec la mère d'intention et sur le point de savoir s'il faut distinguer selon que la mère d'intention est ou non la mère biologique. En cas de réponse positive à l'une de ces questions, l'arrêt interroge en outre la Cour sur la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père d'intention et père biologique, permet de respecter l'article 8 de la Convention.

Le 10 avril dernier, la Grande Chambre de la Cour, dont c'était le premier avis consultatif (n° P16-2018-001), a admis que sa jurisprudence avait mis un certain accent sur l'existence d'un lien biologique, mais a précisé qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à « développer » sa jurisprudence dans ce domaine. Elle a ensuite indiqué que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'était pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹¹ V. les travaux préparatoires à l'adoption de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à l'immigration, à l'entrée et au séjour des étrangers en France et à la nationalité française.

¹² Ainsi que le soulignait X. Domino dans ses conclusions sur votre décision du 12 décembre 2014 précitée.

¹³ V., sur la distinction entre la force probante du jugement étranger et sa régularité internationale, D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé*, 2014, t. I, 245 et 263 ss.

¹⁴ Dont elle réaffirmait, par un arrêt du même jour (n° 12-30.138, publié au Bulletin), la part résultant de ses arrêts de 2015.

¹⁵ Qui avait réitéré ses condamnations issues des arrêts *Mennesson* et *Labassée* : CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon* et *Bouvet* c. France, n°s 9063/14 et 10410/14 ; CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie* c. France, n° 44024/13).

¹⁶ Texte n° 8.

Elle en a déduit que le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui requérait que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention. Elle a précisé qu'il en allait ainsi *a fortiori* lorsque la mère d'intention est aussi la mère biologique. Puis elle a indiqué que l'article 8 n'imposait pas que soit reconnu *ab initio* un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, mais simplement qu'il existe un mécanisme effectif de reconnaissance de ce lien, qui peut consister dans l'adoption.

Rapproché des deux considérations déterminantes que nous lisons dans les arrêts *Mennesson* et *Labassee* de 2014, cet avis consultatif nous paraît conforter, voire renforcer, celle qui était fondée sur l'intérêt de l'enfant et atténuer, au contraire, celle qui résidait dans l'importance des liens biologiques.

L'Assemblée plénière n'a pas encore statué, à la suite de cet avis, sur le pourvoi dont elle avait été saisie¹⁷. Vous avez ainsi à vous prononcer dans un cadre jurisprudentiel qui est à la fois particulièrement nuancé, vous l'aurez constaté, et non définitivement stabilisé. Cela ne nous paraît cependant pas faire obstacle à ce que vous vous prononciez sans attendre sur le recours dont vous êtes saisis, car le débat qu'il ouvre se présente en des termes bien différents de celui dont a à connaître la Cour de cassation.

Il nous faut, à ce stade, vous dire quelques mots supplémentaires des faits de l'espèce. M. W... s'est marié en France avec M. T..., qui est australien, en 2013. En avril 2014 est née à Colorado Springs (Colorado) une fille, M..., qui a été conçue *in vitro* à partir des gamètes de M. T... et d'une donneuse d'ovocytes anonyme et dont a accouché Mme O..., citoyenne américaine. En vertu d'une ordonnance du 27 janvier 2014 de la cour de district du comté de Boulder, dès la naissance de l'enfant porté par Mme O..., MM. W... et T... ont été déclarés ses parents légaux. Au terme d'un processus analogue, est né en mars 2016 à Lone Tree (Colorado), un garçon, L..., qui a été conçu *in vitro*, à partir, cette fois, des gamètes de M. W... et d'une donneuse d'ovocytes anonymes et dont a accouché Mme H..., citoyenne américaine. En vertu d'une ordonnance du 3 décembre 2015 de la cour de district du comté de Boulder, dès la naissance de l'enfant, MM. W... et T... ont été déclarés ses parents légaux.

Pour nous résumer, il existe un lien de filiation légal, selon la loi du Colorado, entre les deux enfants et MM. W... et T... ; et il existe un lien de filiation biologique, d'une part entre le premier enfant et M. T..., d'autre part entre le second enfant et M. W....

Ce dernier a demandé à acquérir la nationalité française en juin 2015, alors qu'il résidait en France depuis plus de dix ans.

Pour refuser de modifier le décret du 25 juin 2017 par lequel il a été naturalisé, le ministre se fonde, d'une part, sur la nullité d'ordre public qui frappe les conventions de gestation pour autrui en vertu des articles 16-7 et 16-9 du code civil. Il se prévaut, d'autre part, de la jurisprudence dégagée par la 1^{ère} Chambre civile sur le fondement de l'article 47 du code civil : il fait ainsi valoir que les actes d'état civil américains ne sont pas conformes à la réalité puisqu'ils mentionnent deux pères, ce qui est contraire à la réalité de l'accouchement, et que les pères d'intention qu'ils mentionnent n'ont pas de lien biologique avec les enfants. Sur ce

¹⁷ Dans le cadre d'une demande de réexamen.

double fondement, il refuse de reconnaître le lien de filiation entre les enfants et M. W..., ce dont il déduit que les enfants ne bénéficient pas de l'effet collectif prévu par l'article 22-1.

Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, si M. W... avait été français avant la naissance des enfants et si vous étiez juges civils saisis d'un refus de transcription des actes d'état civil américains, vous devriez certainement juger, sur le fondement de ce double terrain, en l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation que nous vous avons présentée, que le lien de filiation entre M. W... et son fils L..., qui correspond à la réalité biologique, doit être transcrit, mais qu'il en va autrement du lien de filiation entre M. W... et sa fille M....

Nous ne vous proposerons pas, cependant, de transposer ce raisonnement au litige dont vous êtes saisis.

Il nous semble, tout d'abord, que vous ne devez pas, à la suite de la 1^{ère} chambre civile, transporter dans les règles de l'article 47 qui régissent uniquement la valeur probante des actes d'état civil étranger la règle d'ordre public de l'article 16-7 (voire, plus largement, les règles régissant la filiation en droit civil français). La conformité d'un jugement étranger à l'ordre public international français est une chose, sa valeur probante en est une autre.

Or si vous vous en tenez à une application simple de l'article 47, vous ne pourrez que constater que les actes d'état civil produits au dossier font foi. Car rien au dossier ne permet de retenir que les faits déclarés dans les actes d'état civil américains qui figurent au dossier ne correspondent pas à la réalité, c'est-à-dire que les faits qu'ils déclarent ne sont pas exacts. Force est de constater, à cet égard, que ces actes ne déclarent nullement que M. W... ou M. T... aurait accouché des enfants¹⁸, et pas davantage que ces enfants sont leurs enfants biologiques à tous deux. Ces actes déclarent uniquement des parents légaux, selon un régime juridique dont il n'est pas contesté qu'il permet de le faire à l'égard de parents qui ne sont pas nécessairement les parents biologiques. L'article 47 du code civil, qui n'est pas une règle de conflit de lois et ne transporte aucune conception française d'ordre public de la réalité des liens de filiation, ne permet donc pas d'écarter ces actes comme non probants¹⁹.

Plus fondamentalement, ensuite, et indépendamment, en réalité, de la portée de l'article 47 du code civil, il nous semble que l'article 8 de la Convention EDH, tel qu'enrichi de l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de New York, s'oppose à ce que, dans une hypothèse comme celle de l'espèce, les enfants d'un étranger naturalisé ne puissent bénéficier de l'effet collectif au motif que leur lien de filiation avec cet étranger naturalisé a été établi, en contrariété avec l'ordre public international français (que l'on s'y réfère directement ou à travers l'article 47), à l'issue de gestations pour autrui.

Vous ne pouvez pas, selon nous, transposer à l'affaire qui vous est soumise aujourd'hui l'état jurisprudentiel nuancé et encore instable que nous vous avons présenté – quelle que soit la manière dont il évoluera. Car le débat qui vous est soumis se présente en des termes

¹⁸ A cet égard, ce serait, à nos yeux, faire insulte aux juges américains que d'écarter leur jugement au motif qu'ils se sont mépris, en fait, sur la réalité de l'accouchement.

¹⁹ Nous n'en déduisons pas, bien évidemment, que MM. W... et T... devraient être inscrits à l'état civil comme le père et la mère des enfants, au sens que les articles 311-25 et suivants du code civil donnent à ces notions. Mais la question de savoir comment doivent être transcrits des actes qui attestent d'une filiation non reconnue par la loi française nous paraît totalement distincte de la question de la validité de ces actes et de leur force probante.

radicalement différents du débat dont pourrait connaître le juge civil et dans le cadre duquel s'est construit cet état jurisprudentiel.

Certes, la nullité d'ordre public qui frappe les conventions de gestation pour autrui est la même ; et la fraude à la loi consistant à conclure et exécuter une telle convention à l'étranger n'est pas, en l'espèce, différente de celle déjà relevée par la Cour de cassation, puisque MM. W... et T..., bien que ressortissants australiens, résidaient déjà en France depuis plusieurs années lorsqu'ils ont entrepris les démarches leur permettant de devenir parents selon la loi du Colorado.

Mais le cadre est ici renversé : vous ne connaissez pas d'une affaire concernant un citoyen français ayant établi des liens de filiation à l'étranger sur la base de conventions entachées d'une nullité d'ordre public et prétendant qu'elles produisent effet sur son état civil, mais d'une affaire concernant un citoyen étranger ayant établi de tels liens de filiation et qui acquiert la nationalité française en vertu d'une décision de l'autorité publique qui produit en principe un effet collectif.

Or ce renversement de perspective nous paraît modifier profondément la balance de proportionnalité de l'article 8 de la Convention (tel qu'enrichi de l'article 3 de la Convention de New York). Rappelons que le respect de cet article s'impose à l'application de la règle française d'ordre public international qui frappe de nullité les conventions de gestation pour autrui, cette règle ne s'étant pas vu reconnaître de valeur constitutionnelle²⁰.

L'ingérence dans le droit de M. W... et de ses enfants au respect de leur vie privée, qui inclut l'identité sociale²¹, n'est pas douteuse. Le fait qu'elle soit prévue par la loi non plus.

Le but légitime poursuivi, en revanche, est bien moins évident à caractériser.

Le refus de transcrire sur les registres de l'état civil français les liens de filiation établis par des Français à l'étranger sur la base de conventions frappées d'une nullité d'ordre public procède, nous vous l'avons dit, de la volonté de décourager les ressortissants français de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation prohibée sur le territoire national en raison, notamment, de sa contrariété au principe d'indisponibilité du corps humain. C'est en cela, par cette incitation à ne pas recourir à des méthodes regardées comme portant atteinte à la santé publique et aux droits et libertés d'autrui, qu'elle poursuit un but légitime.

Ce raisonnement, toutefois, se transpose assez mal à la privation de l'effet collectif de la naturalisation. Cette privation n'emporte, par construction, aucune incitation à l'égard des ressortissants français. Et l'éventuelle incitation qu'elle crée à l'égard des ressortissants étrangers résidant en France (« candidats à la naturalisation ») nous paraît substantiellement affaiblie par le fait que la naturalisation procède, en tout état de cause, d'un choix discrétionnaire du Gouvernement. Comme vous le savez, celui-ci dispose, en la matière, d'un

²⁰ Selon l'étude du Conseil d'Etat consacrée à la révision de la loi de bioéthique (adoptée le 28 juin 2018), « en l'état de la jurisprudence, rien ne permet (...) d'affirmer que la légalisation de la GPA serait inconstitutionnelle, alors même qu'elle heurte la substance même du modèle bioéthique français tel qu'il existe aujourd'hui » (p. 79).

²¹ V., outre les arrêts Mennesson et Labassee et l'avis consultatif du 10 avril 2019, CEDH, 11 octobre 2011, Genovese c/ Malte, n° 53124/09 ; et, dans votre jurisprudence, outre la décision du 12 décembre 2014, v. 8 juin 2016, M. U..., n° 394348, Rec. p. 231.

large pouvoir d'appréciation (v. par ex. 11 mai 2016, MM. Z..., n°s 389399 389433, aux Tables sur un autre point). Il peut, dans ce cadre, tenir compte de circonstances nombreuses²², à la seule condition qu'elles ne soient ni discriminatoires²³, ni dépourvues de lien avec l'objet de la naturalisation. A cet égard, il nous semble qu'il peut tenir compte de ce que le demandeur à la naturalisation a constitué une famille en ayant recours à des méthodes que la loi française interdit en raison de leur contrariété aux principes essentiels du droit national – ainsi que l'a jugé la cour administrative d'appel de Nantes dans un arrêt de chambres réunies du 21 décembre 2017 (n° 16NT01141).

Dans ces conditions, la possibilité de priver d'effet collectif à l'égard d'enfants issus de gestation pour autrui une naturalisation que le Gouvernement était libre de ne pas accorder ne paraît guère dictée par un besoin social impérieux.

Et, quand même vous admettriez qu'elle poursuit tout de même un but de protection de la santé et des droits et libertés d'autrui, nous pensons que vous ne pourriez que constater qu'elle n'est pas nécessaire à cette protection. Car, dans le cadre particulier du régime de la naturalisation, où le Gouvernement décide d'accorder une mesure de faveur à un étranger qui n'y a pas droit, l'intérêt de mettre en avant, dans un but incitatif, l'impossibilité que des enfants nés de gestation pour autrui puissent bénéficier de l'effet collectif nous paraît peser faiblement dans la balance de proportionnalité de l'article 8.

En sens inverse, trois éléments nous paraissent peser fortement dans le sens de la protection du droit au respect de la vie privée des enfants de M. W....

Le premier tient à l'importance du principe de l'effet collectif de la naturalisation, qui, nous vous l'avons dit, est profondément ancré dans le droit français de la nationalité – et ce dans le but d'éviter que la naturalisation ne crée une division juridique au sein de la famille.

Le deuxième est votre jurisprudence, qui, depuis votre décision du 12 décembre 2014, est engagée en ce sens que, en matière de nationalité, la seule circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine un contrat de gestation pour autrui ne peut conduire, par principe, à le priver de la nationalité française à laquelle il a droit du fait de sa filiation. Si cette décision réserve les conditions d'établissement de la filiation, elle refuse néanmoins toute exclusion de principe et nous paraît ainsi reconnaître une valeur particulière à l'intérêt des enfants à n'être pas privé du droit de disposer de la nationalité de leur(s) parent(s), qui constitue, dans la jurisprudence de la Cour, un élément de leur identité²⁴.

Cela rejoint le troisième élément, qui réside dans le fait, dont nous vous avons souligné l'importance cardinale et croissante dans la jurisprudence de la Cour, que la privation de l'effet collectif de la naturalisation prévu par l'article 22-1 frappe principalement les enfants de l'étranger naturalisé, qui n'ont pas fait le choix de la gestation pour autrui et dont l'intérêt supérieur doit faire l'objet d'une attention primordiale.

²² V. not. Section, 20 mai 1996, Min. c/ M..., n° 144384, Rec. p. 186.

²³ V. 26 septembre 2001, Min. c/ Mme R..., n° 206486, T. p. 955 ; 11 mai 2016, MM. Z..., n°s 389399 389433, T. pp. 754-762

²⁴ Même s'il faut reconnaître que cet intérêt pèse moins, en l'espèce, du fait que les enfants ont la nationalité de leur autre parent, qui est aussi celle que conserve le requérant.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous sommes convaincu que, même en admettant qu'elle poursuit un but légitime (ce dont nous persistons à douter), la privation des enfants du bénéfice de l'effet collectif de la naturalisation au motif qu'ils sont nés à l'issue de gestations pour autrui, par la combinaison de l'article 22-1 et de l'ordre public international français, porte une atteinte excessive au droit au respect de leur vie privée et méconnaît leur intérêt supérieur – et ce quel que soit le lien biologique entre ces enfants et leur père naturalisé.

En vérité, il y a, à nos yeux, quelque chose d'inacceptable dans le fait d'adjoindre à la faveur qu'est la naturalisation la forme de sanction civile qu'est la privation de l'effet collectif – d'autant plus qu'elle frappe essentiellement les enfants.

M. W... nous paraît donc fondé à soutenir que la décision qu'il attaque méconnaît l'article 8 de la Convention EDH et l'article 3, paragraphe 1 de la Convention de New York. Si vous nous suivez, vous annulerez cette décision et pourrez enjoindre au ministre de l'intérieur de proposer au Premier ministre de modifier le décret du 25 avril 2017 accordant la nationalité française à M. W... pour y porter le nom de ses deux enfants, dans un délai de deux mois.

Vous pourrez, enfin, mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser au requérant au titre des frais de l'instance.

Tel est le sens de nos conclusions.