

Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité

Mercredi
27 janvier 2016
(17h30 – 19h30)

Conseil d'État
Salle
d'Assemblée
générale

Dossier du participant

Le modérateur :

- **Christian Vigouroux**
Président de la section de l'intérieur
du Conseil d'État

Les intervenants :

- **Bénédicte Fauvarque-Cosson**
Professeur à l'université Panthéon-Assas
Paris II, ancienne présidente de la
Société de législation comparée
- **M. Jeremy Heymann,**
Professeur à l'université Lumière Lyon 2
- **Myriam Hunter-Hénin**
Professeur à *University College London*

Calendrier du cycle (2015-2016)

1. Droit comparé, territorialité du droit : défis
et enjeux
Mercredi 20 mai 2015
2. Objectifs, méthodes et usages du droit
comparé
Mercredi 8 juillet 2015
3. La territorialité du droit : approches
théoriques et usages méthodologiques
Mercredi 30 septembre 2015
4. Droit comparé et territorialité du droit
dans l'espace européen
Mercredi 25 novembre 2015

Prochaines conférences :

6. Les nouveaux acteurs juridiques à l'heure
de la globalisation : le cas du droit de
l'environnement
Mercredi 24 février 2016
7. Le renouvellement de la fabrique et des
véhicules des normes : l'exemple du droit
financier et de la régulation
Mercredi 13 avril 2016
8. Le creuset normatif européen : l'exemple
du droit des étrangers
Mercredi 25 mai 2016

9. Le renouvellement de la fabrique et des
véhicules des normes : l'exemple du droit
fiscal
Mercredi 29 juin 2016
10. L'a-territorialité du droit à l'ère
numérique
Mercredi 28 septembre 2016
11. La souveraineté en questions
Mercredi 9 novembre 2016
12. Conférence de clôture
Mercredi 14 décembre 2016

Biographies des intervenants

■ Christian Vigouroux

Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'ENA, Christian Vigouroux intègre le Conseil d'État en 1976. En 1981, il rejoint le ministère de l'urbanisme et du logement en tant que conseiller juridique, puis directeur adjoint de l'urbanisme et des paysages. Il dirige le cabinet du secrétaire d'État chargé des universités à partir de 1985. Après avoir exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement au Conseil d'État de 1986 à 1989, il est nommé directeur adjoint, puis directeur du cabinet du ministre de l'intérieur jusqu'en 1992. Il rejoint alors la section du contentieux et la section des travaux publics du Conseil d'État. De 1994 à 1997, il est rapporteur général de la Commission supérieure de codification. Il est ensuite nommé directeur du cabinet du garde des sceaux, ministre de la justice, puis, en 2000, directeur du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité. À compter de 2002, il préside la 10^e sous-section du contentieux avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux en 2008. Il devient directeur de cabinet de la ministre de la justice en 2012, puis président de la section du rapport et des études du Conseil d'État en 2013. Il enseigne par ailleurs comme professeur associé de 1996 à 2012. Il préside la section de l'intérieur du Conseil d'État depuis 2014.

■ Bénédicte Fauvarque-Cosson

Professeur depuis 1995 (agrégation de droit privé et de sciences criminelles), Bénédicte Fauvarque-Cosson a étudié le droit en Angleterre et en France. Titulaire d'un doctorat en droit privé de l'Université Panthéon-Assas (1994), elle a été professeur à l'Université de Rouen, à l'Université de Paris V, puis à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) à compter de 2002. Elle a été membre de l'Institut universitaire de France (2009-2014). Ses travaux portent sur le droit international privé, le droit comparé, le droit européen des contrats. Éluë secrétaire générale de la Société de législation comparée en 2005, elle en a assuré la présidence de 2011 à 2015. Elle est également cofondatrice et coprésidente de *Trans Europe Experts* (association d'experts juridiques européens, créée en 2009), vice-présidente de l'Académie internationale de droit comparé et fut l'un des membres fondateurs de l'Institut européen du droit

établi à Vienne. Depuis 2001 elle a participé à plusieurs réseaux de recherche internationaux et européens œuvrant à l'harmonisation du droit des contrats ; notamment, jusqu'en 2015, elle a participé à l'élaboration des Principes de La Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux. Elle est par ailleurs directrice scientifique du Recueil Dalloz. Parmi ses principales publications récentes figure "Argument de droit comparé et sociologie juridique", in *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, dir. D. Fenouillet, Dalloz, 2015, p. 69.

■ Jeremy Heymann

Titulaire d'un doctorat en droit privé de l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, agrégé en droit privé et sciences criminelles, Jeremy Heymann a été nommé professeur à l'université Lumière Lyon 2 en 2015, après avoir exercé à l'École de droit de la Sorbonne. Il est membre du Comité français de droit international privé, de l'Institut européen du droit et de la Société de législation comparée. Il a publié *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen* (2010) ainsi que de nombreux articles, notes et contributions, notamment sur le rapport entre droit européen et droit international privé. Il est également corédacteur de la partie "Droit international privé" au sein de la Chronique "Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation", publiée dans la revue *Europe*.

■ Myriam Hunter-Hénin

Diplômée en droit de l'Université King's College à Londres et de l'Université Paris I, docteure en droit international privé de l'Université Paris I, Myriam Hunter-Hénin est en poste à la faculté de droit de *University College London* depuis 2003. Elle y a créé en 2012 (avec le Professeur Alison Diduck) un Master en droit international de la famille et y codirige, depuis 2009, le centre de recherches en droit comparé. Elle est en outre membre du Comité français de droit international privé à Paris. Ses travaux portent sur les droits de l'Homme dans la sphère privée, en particulier sur les défis auxquels sont confrontés la théorie juridique du conflit de lois ainsi que les concepts traditionnels de droit de la famille tels que le mariage et la maternité. Elle s'intéresse également aux interactions et tensions entre le droit et la religion dans la sphère du droit de la famille et de l'éducation, dans une perspective comparatiste. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Pour une redéfinition du statut personnel* (2004) et a dirigé la publication de *Law, Religious Freedom and Education in Europe* (Ashgate, 2012).

Éléments de jurisprudence

Les figures de la mobilité : le statut de la personne, entre territorialité et extraterritorialité

I. LE STATUT DE LA PERSONNE

ADOPTION

CEDH, 26 sept. 2013, *Zambotto Perrin c/ France*

La Cour juge que la France n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait le prononcé de l'adoption plénière et conclut à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*

Non-reconnaissance au Luxembourg de la décision péruvienne prononçant l'adoption plénière d'un enfant au profit d'une femme célibataire.

CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*

Impossibilité pour la requérante de procéder en France à l'adoption plénière d'une fillette, de nationalité algérienne, recueillie initialement par elle au titre de la « kafala » (art. 8 CEDH) – [non violation].

GESTATION POUR AUTRUI

Cour de cassation – Cass., 1^{ère} civ., 19 mars 2014, *Procureur général près la cour d'appel de Rennes c/ M. Vinçon et Mme Sawant*, n° 13-50.005

Transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger sur les registres français de l'état civil – Enfant né à la suite d'une convention de gestation pour autrui – Fraude à la loi.

Par cet arrêt du 19 mars 2014, la Cour de cassation réaffirme que l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à la suite d'une convention de gestation pour autrui ne peut être transcrit sur les registres français d'état civil.

L'affaire concernait un enfant né en Inde, d'une mère indienne, à la suite d'une convention de gestation pour autrui. Son père biologique, un ressortissant français résidant en France, l'avait reconnu et avait demandé la transcription de son acte de naissance sur les registres français de l'état civil, demande à

laquelle le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'était opposé. Saisie en appel, la cour d'appel de Rennes avait ordonné la transcription aux motifs, d'une part, que ni la régularité de l'acte de naissance ni le fait que le demandeur et la femme ayant donné naissance à l'enfant soient le père et la mère de celui-ci n'étaient contestés et, d'autre part, que la fraude à la loi invoquée par le ministère public pouvait ouvrir à celui-ci, le cas échéant, une action en contestation en vertu de l'article 336 du code civil, mais ne conduisait pas pour autant à juger que l'acte de naissance était, par lui-même, contraire à l'ordre public.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Selon elle, la cour d'appel ayant retenu que les éléments réunis par le ministère public établissaient l'existence d'une convention de gestation pour autrui entre le père et la mère de l'enfant, caractérisant ainsi un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant était l'aboutissement, l'acte de naissance de l'enfant ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. Ainsi, la cour d'appel ne pouvait ordonner la transcription sans violer les articles 16-7 et 16-9 du code civil.

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson & Labassee c. France*

Condamnation de la France pour son refus de transcription sur l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né par mère porteuse à l'étranger).

Conseil d'Etat, 12 décembre 2014, *Association Juristes pour l'enfance et autres*

La circulaire du 25 janvier 2013 de la garde des Sceaux concerne la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents 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 ». Cette circulaire indique que dans un tel cas, cette circonstance « ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de certificats de nationalité française ». Elle invite ses destinataires à veiller à ce qu'il soit fait droit aux demandes de délivrance lorsque les conditions légales sont remplies.

Cette circulaire faisait l'objet de plusieurs requêtes en annulation devant le Conseil d'État.

Le Conseil d'État rappelle que les contrats de gestation ou de procréation pour autrui sont interdits par le code civil et que cette interdiction est d'ordre public.

Le Conseil d'État juge, cependant, que la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un tel contrat, même s'il est nul et non avenu au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française. Cet enfant y a droit, dès lors que sa filiation avec un Français est légalement établie à l'étranger, en vertu de l'article 18 du code civil et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Le refus de reconnaître la nationalité française porterait sinon une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant, garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

Cour de cassation, Cass. Ass. plen., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 ; Cass. Ass. plen., 3 juillet 2015, n° 15-50.002

Le recours à la GPA ne justifie pas, à lui seul, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français.

La Cour était saisie de deux affaires. Dans chacune d'elles, un Français a reconnu la paternité d'un enfant à naître en Russie : l'acte de naissance établi en Russie mentionne l'homme en tant que père et la femme ayant accouché en tant que mère. L'homme a ensuite demandé la transcription de l'acte de naissance russe à l'état civil français. Mais le procureur de la République s'y est opposé, soupçonnant le recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui (GPA). Dans ses arrêts des 06.04.11, 13.09.13 et 19.03.14, la Cour interdisait à une convention de GPA de produire des effets, car cette convention est nulle, d'une nullité d'ordre public et contraire à un principe essentiel du droit français : celui de l'indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi, l'acte de naissance étranger d'un enfant né d'une GPA ne pouvait être transcrit à l'état civil français, même si le père et la mère figurant sur l'acte étaient bien le père biologique et la femme ayant accouché. Selon la CEDH (arrêts *Menesson et Labassée*, 26.06.14), l'interdiction de la GPA n'est pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le refus de transcrire un acte de naissance établi à l'étranger au motif que cette naissance est le fruit d'une GPA est compatible avec le droit au respect de la vie familiale. En revanche, la CEDH a considéré que le refus de transcrire la filiation des enfants à l'égard du père biologique, telle qu'elle apparaît sur l'acte étranger, constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée des enfants, vie privée protégée par l'art. 8 de la Convention. En effet, chacun doit pouvoir établir les détails de son identité d'être

humain, ce qui comprend sa filiation. La question posée à la Cour de cassation consistait à savoir si le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut être motivé par le seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA. La Cour rappelle que les actes de naissance dont la transcription est demandée mentionnent comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché. Dès lors, les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce. La théorie de la fraude ne peut donc faire échec à la transcription de l'acte de naissance. L'arrêt qui écartait la demande de transcription au seul motif que la naissance était l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA est cassé. Le pourvoi dirigé contre le second arrêt qui ordonnait la transcription en dépit de l'existence d'une convention de GPA est rejeté. Les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure.

PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

UK, affaire *Diane Blood*, Court of appeal, février 1997

Son époux ayant contracté une méningite qui l'a plongé dans le coma, Diane Blood sollicite une insémination qui lui est refusée; elle demande alors à pouvoir exporter le sperme congelé vers la Belgique afin d'y faire procéder à l'insémination. La Cour d'appel lui fait restituer les paillettes, considérant l'aide médicale à la procréation comme un "service", que Mrs Blood est en droit d'obtenir dans un autre pays de la Communauté.

MARIAGE

CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*

Condamnation de l'Italie dont la législation ne permet pas aux couples homosexuels de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile.

CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*

Condamnation du Royaume-Uni pour violation de l'article 12 de la Convention, la Cour s'est dite « pas convaincue que l'on puisse

aujourd'hui continuer d'admettre que les termes de [cet article] impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologique », §100 ; elle a ajouté par ailleurs qu'il appartenait à l'Etat de déterminer les conditions et formalités concernant le mariage des transsexuels, mais qu'elle « ne vo[yait] aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier », §103).

CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*

L'article 12 n'impose pas aux gouvernements l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et la Cour, constatant une absence de consensus entre les différents Etats européens, leur reconnaît une large marge d'appréciation en la matière.

NOM DE FAMILLE

Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-353/06 *Grunkin-Paul contre Standesamt Niebüll*, arrêt du 14 octobre 2008

La Cour analyse les limites de l'application des règles nationales en matière d'état civil à l'égard du principe de la libre circulation des personnes.

M. Grunkin et Mme Paul, deux ressortissants allemands, ont eu en 1998 un enfant au Danemark, Leonard Matthias, qui conformément aux règles danoises applicables en matière d'état civil a été enregistré avec le nom composé de deux parents, à savoir Grunkin-Paul. Après quelques temps les parents de l'enfant, qui a la nationalité allemande tout en résidant depuis sa naissance au Danemark, ont demandé l'inscription de son nom Grunkin-Paul dans le livret de famille en Allemagne. Les autorités allemandes ont refusé cette inscription au motif que le nom patronymique des citoyens allemands est régi par le droit allemand et que celui-ci ne permet pas à un enfant de porter un nom composé. Les parents ont introduit un recours contre cette décision de l'administration allemande devant l'Amtsgericht Flensburg (tribunal d'instance), qui a posé à la Cour de justice une question préjudicielle concernant les articles 12 et 18 CE, en vue notamment de savoir si ces deux articles s'opposent à ce que les autorités compétentes d'un Etat membre refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant enregistré dans un autre Etat membre où l'enfant est né et réside, alors que l'enfant, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier Etat membre, ce qui aurait comme conséquence qu'un citoyen de l'Union européenne porterait un nom patronymique différent selon les Etats membres. La Cour reconnaît tout d'abord que

les règles régissant le nom patronymique d'une personne relèvent de la compétence des Etats membres, toutefois elle souligne que ces derniers doivent, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire lorsque, comme en l'espèce, il y a un rattachement au droit communautaire. La Cour concentre son analyse sur l'article 18 CE, qui établit le droit pour tout citoyen communautaire de circuler et séjourner librement sur le territoire des Etats membres. Elle constate que le fait d'être obligé de porter, dans l'Etat membre dont une personne possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'Etat membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice de ce droit. En effet, la diversité de noms patronymiques peut engendrer de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé, car de nombreuses actions de la vie quotidienne exigent la preuve de l'identité. Dans le cas d'espèce, l'application de la législation allemande en cause aurait pour conséquence que l'enfant Leonhard Matthias disposerait de documents portant des noms patronymiques différents, selon qu'ils soient établis par les autorités danoises (par exemple l'acte de naissance) ou par les autorités allemandes (par exemple le passeport). De telles divergences sont susceptibles de faire naître des doutes quant à l'identité de cette personne ainsi qu'à l'authenticité des documents présentés ou à la véracité des données y contenues.

Compte tenu de ce qui précède et après avoir examiné et rejeté les justifications avancées par les autorités allemandes, la Cour conclut que l'article 18 CE s'oppose, dans des conditions telles qu'en l'espèce, à ce que les autorités d'un Etat membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître à un des leurs ressortissants son nom patronymique, tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre Etat membre où il est né et réside. (*résumé établi par le service juridique de la Commission européenne*)

Cour de justice de l'Union européenne, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien*, arrêt du 22 décembre 2010

La Cour juge que l'application d'une loi nationale interdisant l'acquisition, la possession ou l'utilisation d'un titre de noblesse constitue un motif d'ordre public justifiant le refus d'un Etat membre de reconnaître le nom patronymique de l'un de ses ressortissants, tel qu'il a été attribué dans un autre Etat membre.

La Cour a déjà jugé à plusieurs reprises que le droit pour une personne de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres implique que cette personne ne soit pas contrainte de porter des noms différents dans des États membres différents, compte tenu des doutes que cette situation est susceptible de faire naître quant à son identité et à l'authenticité de ses documents d'identité et des inconvénients sérieux que cela implique. Toutefois, des considérations objectives liées notamment à l'ordre public sont susceptibles de justifier, dans un État membre, un refus de reconnaissance du nom patronymique de l'un de ses ressortissants, tel qu'il a été attribué dans un autre État membre. La Cour a reconnu à ce titre aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation, dans les limites imposées par le traité. Dans cette affaire, la Cour a été amenée à préciser cette jurisprudence, s'agissant des motifs d'ordre public susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation des personnes.

Mme Ilonka Sayn-Wittgenstein, citoyenne autrichienne résidant en Allemagne, a, à la suite de son adoption, en 1991, par M. Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, citoyen allemand, obtenu comme nom de naissance le nom patronymique de ce dernier, avec son titre de noblesse, sous la forme "Fürstin von Sayn-Wittgenstein" ("Princesse de Sayn-Wittgenstein"). Les autorités autrichiennes ont procédé à l'enregistrement de ce nouveau nom dans le registre de l'état civil autrichien. Elles ont également renouvelé et délivré un passeport ainsi que des certificats de nationalité au nom d'Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. En 2003, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé, dans une affaire similaire, que la loi d'abolition de la noblesse de 1919 – ayant rang de règle constitutionnelle et mettant en œuvre le principe d'égalité – empêchait un citoyen autrichien d'acquérir un nom comprenant un titre de noblesse, par voie d'adoption par un citoyen allemand portant légalement ce titre de noblesse en tant qu'élément constitutif de son nom. À la suite de cet arrêt, considérant que l'acte de naissance délivré à Mme Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein à la suite de son adoption était incorrect, l'officier de l'état civil de Vienne a rectifié l'inscription du nom dans le registre de l'état civil en "Sayn-Wittgenstein". L'intéressée a contesté cette décision devant la Cour administrative suprême autrichienne, en faisant valoir que la non-reconnaissance des effets de son adoption sur son nom constituait une entrave à son droit à la libre circulation – puisque cela la contraint à porter des noms différents dans deux États membres – ainsi qu'une atteinte à

son droit au respect de la vie familiale – en raison de la modification de son nom qu'elle a porté pourtant de façon continue pendant quinze ans. Saisie d'une demande de décision préjudicielle, la Cour a considéré que la justification invoquée par le Gouvernement autrichien, à savoir l'application de la loi d'abolition de la noblesse de 1919 et plus généralement du principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens autrichiens, devait être interprétée comme une invocation de l'ordre public. Après avoir rappelé la marge d'appréciation des autorités autrichiennes et le fait que l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, elle estime qu'il n'est pas disproportionné qu'un État membre cherche à réaliser l'objectif de préserver le principe d'égalité en interdisant toute acquisition, possession ou utilisation, par ses ressortissants, de titres de noblesse ou d'éléments nobiliaires susceptibles de faire croire que le porteur du nom est titulaire d'une telle dignité. Par conséquent, la Cour répond que le refus des autorités d'un État membre de reconnaître, dans tous ses éléments, le nom d'un de ses ressortissants, tel qu'il a été déterminé dans un second État membre lors de son adoption à l'âge adulte par un ressortissant de ce dernier, dès lors que ce nom comprend un titre de noblesse non admis dans le premier État membre au titre de son droit constitutionnel, ne constitue pas une atteinte injustifiée à la libre circulation et au libre séjour des citoyens de l'Union.

CITOYENNETE EUROPEENNE

CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*

Selon le professeur Chaltiel, dans les *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°23, « Dossier : La citoyenneté » : « [l]a décision *Matthews* de la Cour européenne des droits de l'homme, en qualifiant le Parlement européen d'organe législatif et en exigeant des États membres qu'ils organisent des élections libres et régulières, ainsi que l'exige le principe de la démocratie, porte implicitement reconnaissance d'un *demos* européen, seul apte à légitimer l'action publique européenne ».

Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-434/09, arrêt *Shirley McCarthy*, 5 mai 2011

Madame McCarthy, ressortissante du Royaume-Uni, possède également la nationalité irlandaise. Elle est née au Royaume-Uni et y a toujours séjourné, sans avoir jamais exercé son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'autres États membres de l'Union.

À la suite de son mariage avec un ressortissant jamaïcain, Mme McCarthy a demandé pour la première fois un passeport irlandais et l'a obtenu. Ensuite, elle a demandé, en tant que ressortissante irlandaise souhaitant séjourner au Royaume-Uni conformément au droit de l'Union, un titre de séjour aux autorités britanniques. Son mari, quant à lui, a demandé une autorisation de séjour en tant que conjoint d'une citoyenne de l'Union. Ces demandes leur ont été refusées au motif que Mme McCarthy ne pouvait pas fonder son séjour sur le droit de l'Union et invoquer ce droit pour régulariser le séjour de son conjoint car elle n'avait jamais exercé son droit de circuler et de séjourner dans des États membres autres que le Royaume-Uni. La Supreme Court (Cour suprême, Royaume-Uni) saisie de ce litige a demandé à la Cour de justice si Mme McCarthy pouvait, elle aussi, invoquer les règles du droit de l'Union visant à faciliter la circulation des personnes sur le territoire des États membres.

La CJUE a estimé qu'une citoyenne de l'Union ayant la nationalité de deux États membres, qui a toujours résidé sur le territoire de l'un de ces États sans jamais user de son droit à la libre circulation, ne peut se fonder sur le droit de l'UE pour revendiquer un droit de séjour pour son conjoint ressortissant d'État tiers. La citoyenneté de l'Union, ne peut être valablement invoquée que dans la mesure où « la jouissance effective de l'essentiel des droits » conférés par ce statut serait menacée par des mesures nationales. En l'espèce, la Cour rappelle qu'une personne – telle Mme McCarthy – ressortissante d'au moins un État membre jouit du statut de citoyen de l'Union et peut donc se prévaloir, y compris à l'égard de son État membre d'origine, des droits afférents à un tel statut, notamment celui de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. Toutefois, la non-prise en compte par les autorités nationales de la nationalité irlandaise de Mme McCarthy aux fins de lui reconnaître un droit de séjour au Royaume-Uni n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de rester au Royaume-Uni ou de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. De même, la décision nationale n'a pas pour effet de la priver de la jouissance effective de l'essentiel des autres droits attachés à son statut de citoyenne de l'Union. Sa situation ne présente, en conséquence, aucun lien avec le droit de l'Union et relève exclusivement du droit national.

II. RECONNAISSANCE DES DROITS FONDAMENTAUX DES MIGRANTS DANS L'ESPACE EUROPEEN

JURIDICTION NATIONALE ET PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

CEDH, Amuur c. France, 25 juin 1996

Paragraphe 52 et 53 (un groupe de demandeurs d'asile somaliens a été retenu pendant 20 jours dans la zone de transit international de l'aéroport de Paris-Orly. La CrEDH a déclaré qu'« en dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité. », et a conclu à une violation de l'article 5 de la CEDH, faisant valoir que le système juridique français en vigueur à l'époque et tel qu'il a été appliqué dans la présente affaire n'a pas garanti de manière suffisante le droit des requérants à leur liberté).

RESTRICTIONS A LA LIBERTE DE CIRCULATION CONSTITUANT UNE PRIVATION DE LIBERTE

CEDH, D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997

(requérant ayant atteint le stade terminal d'une maladie HIV/SIDA; l'expulsion du requérant vers son pays d'origine, qui était connu pour son manque de structures médicales et de traitements adaptés à ce type de pathologie et dans lequel le requérant n'aurait pas eu de membres de sa famille ou d'amis pour prendre soin de lui, constituerait un traitement inhumain, ce qui est contraire à l'article 3 ; la CEDH a souligné les circonstances très exceptionnelles de cette affaire et les considérations humanitaires impérieuses qui étaient en jeu).

EGALITE ET NON-DISCRIMINATION DES MIGRANTS

CEDH, 22 janvier 2008, E.B. c. France

Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre de l'adoption d'un enfant.

CEDH, 27 juillet 2004, Sidabras et Dziautas c. Lituanie

Discrimination dans l'emploi fondée sur le fait que les requérants avaient, dans le passé, travaillé pour le KGB.

CEDH, 21 décembre 1999, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal

Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre de la garde d'un enfant.

DROIT D'ASILE ET REGROUPEMENT FAMILIAL**CEDH, 1^{er} décembre 2005, Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas**

La Cour rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation.

CEDH, 5 avril 2005, Benamar et autres c. Pays-Bas

Si la Cour reconnaît que les requérants préféreraient désormais maintenir et renforcer leur vie de famille aux Pays-Bas, l'article 8, comme indiqué ci-dessus, ne garantit pas le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale. De plus, selon la Cour, rien ne montre qu'il existe un quelconque obstacle objectif insurmontable à ce que les requérants développent cette vie familiale au Maroc. A cet égard, la Cour considère qu'il n'a pas été établi qu'il serait impossible pour la mère et son époux, tous deux ressortissants marocains, de retourner au Maroc pour s'y installer avec leurs enfants.

CEDH, 19 février 1996, Gül c. Suisse

Paragraphe 38 : « Il s'agit en l'espèce d'un litige ayant trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration. Or l'étendue de l'obligation, pour un Etat, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général. D'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. De plus, en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire. Afin d'établir l'ampleur des obligations de l'Etat, il convient d'examiner les différents éléments de la situation ».

Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-34/09 Zambrano, arrêt du 8 mars 2011

La Cour apporte des précisions sur les implications du statut fondamental de la citoyenneté de l'Union des enfants en bas âge par rapport aux droits de leurs parents, ressortissants des pays tiers.

Les époux Zambrano, de nationalité colombienne, avaient demandé à bénéficier du statut de réfugiés en Belgique. Les autorités belges leur ont refusé ce statut, mais ne leur ont pas imposé de reconduction en Colombie en raison de la guerre civile dans ce pays. Depuis 2001, M. et Mme Zambrano ont alors été inscrits comme résidents en Belgique et M. Zambrano y avait, pendant un certain temps, travaillé, alors qu'il n'était pas en possession d'un permis de travail. En 2003 et en 2005, les époux Zambrano ont eu deux enfants qui ont acquis la nationalité belge, conformément à la législation belge applicable à l'époque. Ensuite les autorités compétentes ont refusé de faire droit à la demande des époux Zambrano de régularisation et d'établissement en tant qu'ascendants de ressortissants belges. M. Zambrano s'est vu par ailleurs refuser le droit aux allocations chômage, au motif que les périodes de travail qu'il avait effectuées sans permis de travail ne pouvaient pas être valablement prises en compte pour établir la condition de durée minimale requise pour l'obtention de ces allocations. Statuant sur la légalité de la décision de refus de régularisation et d'établissement ainsi que de celle de refus des allocations de chômage, le Tribunal de Bruxelles a décidé d'interroger la Cour de justice en particulier sur l'éventuelle application des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté européenne à la situation des enfants Zambrano. Dans son arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que l'article 20 TFUE confère à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre le statut de citoyen de l'Union. Ainsi les deux enfants des époux Zambrano qui ont acquis la nationalité belge bénéficient de ce statut. Ensuite, la Cour souligne le caractère fondamental du statut de citoyen européen pour les ressortissants des Etats membres. Ainsi, selon la Cour, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union, et cela indépendamment du fait que ces citoyens aient exercé au préalable leur droit à la libre circulation (la Cour ne fait pas de référence à une telle exigence en ce qui concerne les enfants Zambrano). Pour la Cour, le refus par un Etat membre d'accorder le droit

de séjour et de travail à une personne ressortissant d'un État tiers qui a à sa charge ses enfants en bas âge, eux-mêmes ressortissants de cet État membre, aurait pour conséquence de priver les enfants en question de l'essentiel de leurs droits conférés par leur statut de citoyens européens. En effet, un tel refus impliquerait que ces enfants se verraient obligés de quitter le territoire de l'État membre en question pour accompagner leurs parents. La Cour en conclut que l'article 20 TFUE s'oppose à ce qu'un État membre refuse le permis de travail et de séjour sur son territoire à un ressortissant d'un pays tiers qui assume la charge de ses enfants en bas âge, nationaux et résidents de ce même État membre, dans la mesure où de telles décisions priveraient ces enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés à leur statut de citoyen de l'Union.

Éléments de bibliographie

Bibliographie générale

- B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1.
- J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 247.
- V. Constantinesco, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen », in *Mélanges en l'honneur de J. Charpentier*, Pedone, 2008, p. 267.
- S. Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance? », in H. Muir Watt, D. P. Fernández Arroyo (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, n° 17.
- L. d'Avout, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur B. Audit*, 2014, p. 15.
- B. Fauvarque-Cosson, E. Pataut et J. Rochfeld, (dir.), *La citoyenneté européenne*, collection TEE, SLC, 2011.
- B. Fauvarque-Cosson, « La convergence des droits en Europe », *Petites Affiches*, 2007, n° 79, p. 63, (coréd. W. Van Gerven).
- B. Fauvarque-Cosson, « Deux siècles d'évolution des méthodes de droit comparé », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2011, p.527.

B. Fauvarque-Cosson, Réflexions sur la protection de la personne au sein d'une société de l'information ultra-perméable, in *L'information, VIII^{es} journées franco-japonaises*, codir. Y. Ito, Société de législation comparée, 2011.

M. Hunter-Henin, *Pour une Redéfinition du Statut personnel*, PUAM, 2004, préf. H. Muir Watt.

J. Heymann, « Citoyenneté de l'Union ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi [ONEm]*, affaire numéro C-34/09 et Cour de justice de l'Union européenne, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, affaire numéro C-434/09 », *Revue Critique de Droit International Privé (RCDIP)*, 2012-2, pp. 352-388.

J. Heymann, « Conflits de lois » ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, deuxième Chambre, 22 décembre 2010, Sayn-Wittgenstein, affaire C-208/09, *Journal du droit international (Clunet)*, 2011-3, pp. 639-659.

H. Muir Watt, D. Bureau, *Droit international privé*, PUF Thémis 3e éd 2014, t. II, §634 et s., p. 83-97.

E. Pataut, « Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique », *RTD eur.*, 2010, p. 617

J.-M. Sauvé, « La frontière crée l'étranger – L'étranger crée la frontière », Intervention du 15 octobre 2014 à l'occasion du cycle de conférences organisé par l'Ordre des avocats au Barreau de Paris et le Collège des Bernardins, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-frontiere-cree-l-etranger-L-etranger-cree-la-frontiere>

Bibliographie thématique

La mobilité de l'enfant

- A. Bucher, « L'intérêt de l'enfant pénètre la Convention sur l'enlèvement », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 683.
- S. Godechot-Patris, « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdit. Perspectives de droit international privé », in *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2011, p. 293.
- P. Kinsch, « La non conformité du jugement étranger à l'ordre public international au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 817.

P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 365.

H. Muir Watt, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI*, 2001, p. 995.

La gestation pour autrui

M. Farge, « La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger : la CEDH se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable ! », *RDLF* 2014, chron. n° 21.

J. Heymann, *Convention de mère porteuse et refus de transcription de l'acte de naissance étranger : bis repetita non placent*, JCP G Semaine Juridique (édition générale), n° 21/2014, p. 1051-1054.

H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, *Reconnaissance ou reconstruction ? A propos de la filiation des enfants nés par GPA au lendemain des arrêts Labassée et Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue critique de droit international privé*, 1/2015, pp. 1-42.

La reconnaissance du mariage contracté à l'étranger

M. Hunter-Henin, "Unions de même sexe au Canada et au Royaume-Uni. Variations autour de la notion d'égalité. Réflexions de droit comparé à partir de l'affaire *Wilkinson v. Kizinger*." (2007) 9 *RCLF* 85-113.

D. Bureau, « Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, pp. 155- 184, LGDJ 2014.

Libre circulation des personnes et multiculturalisme

M. Hunter-Henin, « Living together in an age of religious diversity: Lessons from Baby Loup and SAS », *Oxford Journal Law and religion*, 2015, pp. 1-25.

M. Hunter-Henin, « Law, Religious Freedoms and Education in Europe », (410pp), *Cultural Diversity and Law Series*, Ashgate Publishing Ltd., 2012.

M. Hunter-Henin, *The Legal Regulation of Religious Symbols: New Definitions of Religion and Pluralism*. Presented at: The "Impact of religion", 2013.

M. Hunter-Henin, *The French Burqa Ban: A distortion of French traditions*. Presented at:

Centre for Research on Nationalism, Ethnicity and Multiculturalism (CRONEM), 2012.

M. Hunter-Henin, "Why the French don't like the Burqa: Laïcité, national identity and religious freedom", *International and Comparative Law Quarterly*, 61 (3), 613-639. doi:10.1017/S0020589312000280, , 2012.

Discours de l'archevêque de Canterbury à la conférence de la *Royal Courts of Justice*, intitulée « Civil and Religious Law in England: a religious perspective » (voir article en français : Marc Roche, « Pour l'archevêque de Cantorbéry, l'adoption pour partie de la charia est 'inévitabile' », *Le Monde*, 8 février 2008.