



**HAL**  
open science

## La nationalité : un lien contesté

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. La nationalité : un lien contesté. Les nouveaux rapports de droit, 39, IRJS Editions, pp.153, 2013, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, 978-2-919211-12-8. <halshs-01348946>

**HAL Id: halshs-01348946**

**<https://shs.hal.science/halshs-01348946v1>**

Submitted on 26 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

# La nationalité : un lien contesté

Etienne Pataut  
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris 1)

## VERSION DE TRAVAIL

La nationalité est un objet difficile à saisir. Il y a peu de notions qui soient à la fois aussi précisément juridiques et qui figurent pourtant au centre d'un débat public très vif dans lequel le droit n'occupe qu'une très faible place. Historiens, sociologues, philosophes, anthropologues, sont convoqués pour discuter de la place de la nation, de l'appartenance à celle-ci, des contours de la nationalité ou encore des rapports de celle-ci avec la citoyenneté. Mais dans ce débat (et hors des gazettes spécialisées), le droit n'occupe qu'une très faible part.

Les mouvements qui agitent depuis plusieurs années le droit de la nationalité méritent pourtant d'être exposés. Ils révèlent en effet au grand jour qu'une évolution saisissante est en train de se réaliser, sans plan véritablement défini : celle de l'inexorable déclin de l'intérêt juridique de la nationalité. Si l'on s'attache non pas à la notion même de nationalité, mais à ses fonctions, force est de constater que le rôle traditionnel dévolu à la nationalité est aujourd'hui en mutation profonde, au point que ce rôle est aujourd'hui fréquemment confiés à d'autres objets juridiques.

La définition juridique classique de la nationalité voit celle-ci comme un « lien juridique et politique, défini par la loi d'un Etat, unissant un individu au dit Etat »<sup>1</sup>. Une telle définition, permet d'insister sur deux faits essentiels.

Elle souligne, tout d'abord, le contenu politique de la nationalité. Ce lien de droit est en effet un lien d'une nature toute particulière. Internationalement, il définit la population même d'un Etat et participe donc des conditions d'existence de cet Etat, à côté du territoire et du gouvernement. Localement, il définit le lien d'appartenance à un Etat particulier. Il est donc censé refléter le haut degré d'intégration d'un individu donné à une communauté particulière, la communauté nationale. Il y aurait donc une coïncidence, dont la définition est laissée à l'Etat lui-même, entre les frontières géographiques d'un Etat et sa population.

Pourtant, en soi, le fait que la communauté nationale et les frontières de l'Etat coïncident n'est ni donné ni naturel. Il y a là une forme particulière d'organisation politique, celle de l'Etat nation, qui est historiquement située et toujours susceptible d'être remise en cause.

---

<sup>1</sup> Vocabulaire Cornu, v° Nationalité ; dans un sens proche, v. par ex. P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 0.02. Comp. H. Fulchiron, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.* 2011. 1915, qui définit la nationalité comme « lien de rattachement qui relie un individu à un Etat en fonction d'éléments de nature objective ».

Rétrospectivement, tout d'abord, un tel constat permet d'expliquer pourquoi la nationalité est un concept d'apparition juridique relativement récente. Ce n'est en effet qu'au XIXe siècle, et tout particulièrement en Europe, que s'est imposée la nécessité politique de faire coïncider Etat et nation. Mais d'autres formes politiques concurrentes nécessitent d'autres liens d'allégeance : ainsi des empires, des cités Etats voire des confédérations<sup>2</sup>. L'aventure coloniale a montré aussi que, même au sein des Etats nations, la nationalité ne permettait pas toujours de déterminer avec une précision suffisante une population et surtout un régime juridique pour cette population. En France, la possibilité d'être régi par des normes différentes est même intégrée dans la constitution, dont l'article 75 dispose que « *les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* ». On rappellera à cette occasion que ce n'est qu'en 2010 que les habitants — pourtant Français — de Mayotte, se sont vus doter du même statut personnel que les Français métropolitains<sup>3</sup>.

Prospectivement, surtout, la remarque implique que le lien de nationalité est indissociablement lié à une forme d'organisation politique particulière et historiquement donnée : celle de l'Etat nation. Que cette forme politique soit contestée, remise en cause ou affaiblie et, mécaniquement, le lien de nationalité sera à son tour contesté, mis en cause ou affaibli. La mondialisation et, au sein de celle-ci, la construction européenne, ne pouvaient dès lors pas laisser complètement indemne la nationalité.

La définition, ensuite, ne dit rien de la fonction de la nationalité. La nationalité sert en effet un objectif spécifique et par essence discriminatoire, au sens le plus neutre du terme : la distinction entre un régime juridique et un autre, entre le régime réservé à ceux qui peuvent se prévaloir d'un lien particulier avec un Etat donné et celui réservé aux autres. Ce régime juridique, potentiellement, peut couvrir l'ensemble des règles qui régissent un individu donné. On parlera alors volontiers de « statut », au sens le plus général d'un « ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes », « qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique »<sup>4</sup>. La nationalité, dans cette optique, serait apte à déclencher l'applicabilité de la plupart des règles qui s'appliquent à un individu et suffirait, donc, à désigner par métonymie ce régime juridique. Dire « le national », ou « le Français » suffirait donc à renvoyer à l'ensemble des règles qui régissent tous les nationaux d'un pays donné ou tous les Français.

En des termes plus techniques, la nationalité sert en droit interne<sup>5</sup> une double fonction juridique. Elle sert d'abord à déterminer l'*applicabilité* du droit français. C'est une question traditionnelle du droit international privé que de se demander, face à une situation présentant

---

<sup>2</sup> V. p. ex. J. Burbank et F. Cooper, *Empires*, Payot, 2011, p. 15 : « L'empire fut une forme d'Etat remarquablement durable (...) par comparaison, l'Etat-nation apparaît comme une petite anomalie sur l'horizon historique, comme une forme d'Etat récemment émergée sous les cieux impériaux et dont l'emprise sur l'imaginaire politique mondial pourrait bien se révéler partielle ou éphémère. Cette endurance de l'empire met à mal le soi-disant caractère naturel, nécessaire et inévitable de l'Etat-nation ».

<sup>3</sup> Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 *portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître*, JO.

<sup>4</sup> Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, v° Statut.

<sup>5</sup> Il ne sera pas dans cet article question des fonctions internationales de la nationalité.

des éléments de rattachement à plusieurs Etats, quelle loi devra être appliquée à telle question de droit. Si une femme de nationalité française souhaite faire établir un lien de paternité entre son enfant et un homme de nationalité étrangère, il faudra, pour savoir si cette action peut aboutir, déterminer si celle-ci doit être menée en application du droit français de la mère, du droit étranger du père prétendu ou d'un éventuel troisième droit, par exemple de la résidence de l'un ou l'autre. Pour résoudre cette difficulté, des règles particulières, les règles de conflit de lois, ont été élaborées. Elles permettent de déterminer à l'aide d'un critère de rattachement quel va être le droit applicable à telle ou telle question. En France, la question de filiation, par exemple, sera résolue en application de loi de la nationalité de la mère (article 311-14 du Code civil) soit, en l'espèce, du droit français. C'est donc la nationalité qui sert d'élément de rattachement.

La nationalité sert ensuite comme critère de distinction au sein du droit français pour en déterminer *l'application*. Certains droits, certains régimes juridiques, sont en effet réservés aux Français, dès lors cette qualité servira à déterminer dans quel cas sera appliqué ce régime juridique particulier. La nationalité servira par exemple à déterminer qui peut voter à certaines élections, être assujéti à des obligations militaires ou encore bénéficier d'un droit au renouvellement du bail commercial. Dans ce cadre, l'application du droit français n'est pas discutée. Il faut simplement savoir quelle règle au sein du droit français choisir. En réalité, sous cet angle, la nationalité sert essentiellement à réserver un certain nombre de droits ou d'avantages aux Français. Dès lors, envisagé depuis l'autre face de la médaille, elle sert avant tout à déterminer le régime juridique spécifique des étrangers sur le territoire français, ce que l'on appelait avant la "condition des étrangers".

Or, cette double fonction de la nationalité est aujourd'hui très profondément remise en cause. Sous l'angle de l'applicabilité du droit, la nationalité est aujourd'hui un critère de rattachement du conflit de lois en voie sinon de disparition, en tout cas de sévère amaigrissement. Sous l'angle de son application, l'idée même d'un régime juridique spécifique aux étrangers est aujourd'hui analysé avec une suspicion grandissante et la nationalité est fréquemment écartée comme critère de déclenchement d'un droit en raison de l'inacceptable discrimination qu'elle fait naître entre le Français et l'étranger.

Dès lors, nombre de règles qui dépendaient hier de la nationalité sont aujourd'hui déclenchées par de nombreux autres critères de rattachement. La résidence est bien évidemment le critère alternatif le plus directement en concurrence avec la nationalité. Mais pas uniquement. La citoyenneté, l'appartenance à un groupe donné sur la base d'un autre critère (sexuel, ethnique, religieux...), l'intensité du lien d'intégration dans une société donnée, voire, pour les droits fondamentaux, la simple appartenance au genre humain peuvent parfois déclencher l'application de règles qui, hier encore, étaient subordonnées à la possession d'une nationalité déterminée.

Affaiblissement de la pertinence du cadre national, d'un côté, remise en cause des fonctions techniques de la nationalité, de l'autre. Ces deux faits, qui ne sont bien évidemment pas indépendants l'un de l'autre, conduisent aujourd'hui à une remise en cause profonde, même si

elle est encore assez sourde, du lien de nationalité<sup>6</sup>. Son utilité semble désormais devoir être profondément repensée, au regard d'un déclin qui touche aux fonctions de la nationalité, que celle-ci soit envisagée comme facteur de rattachement de conflit de lois (I) ou comme critère de jouissance des droits (II)

## I. La nationalité, un rattachement contesté

L'émergence du concept de nationalité n'est pas due aux juristes, mais elle s'est faite essentiellement par le biais de la science politique, dans le contexte de l'éclatement des grands empires européens et de l'arrivée de nouveaux Etats dans le concert des nations<sup>7</sup>. Dans ce contexte, fort peu juridique, la distinction précise entre conflit de lois et jouissance des droits n'était pas très claire, pour dire le moins<sup>8</sup>. Il n'en reste pas moins que l'acclimatation juridique de la nationalité et la victoire concomitante de la forme politique de l'Etat nation ont bien conduit à faire de la nationalité le cœur du statut juridique de l'individu. Cette acclimatation n'est pas ancienne, puisqu'elle a été essentiellement élaborée au XIXe siècle (A). Mais son assise d'origine a aujourd'hui disparu, ouvrant la voie à une remise en cause profonde des règles de conflit de lois (B).

### A. L'apparition du rattachement à la nationalité

L'acclimatation définitive de la nationalité en droit positif se fera par le biais du droit international : c'est le fameux « principe des nationalités » qui s'empare du terme. Le principe des nationalités consiste en une théorie politique selon laquelle les frontières d'un Etat doivent coïncider avec la nationalité de sa population<sup>9</sup>. Il s'agit d'une construction politique essentielle du milieu du XIXe siècle qui fait de la nationalité un élément des relations internationales et des différentes luttes pour l'indépendance nationale au sein des empires constitués<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Cette remise en cause a aussi conduit à une intense réflexion sur le contenu même du lien de nationalité et sur les modes d'accès à celle-ci. Sur ce point, dont il ne sera pas question ici v. not. l'importante étude d'A. Dionisi-Peyrusse, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Defrénois, 2008 ; adde, S. Touzé, "La Quasi-nationalité. Réflexions générales sur une notion hybride", *Rev. Gen. de Dr. Int. Publ.*, 2011. 5

<sup>7</sup> Sur l'histoire du concept de nationalité, v. surtout G. Noiriel, « Socio-histoire d'un concept : les usages du mot 'nationalité' au XIXe siècle », *Genèses*, 1995, p. 4 ; plus généralement, v. P. Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Grasset, 2002.

<sup>8</sup> Sur l'ambiguïté de la distinction et son rôle dans la construction du rattachement à la nationalité, v. E. Pataut, « Les origines historiques du rattachement à la nationalité », in : G. Fauré et G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p.173.

<sup>9</sup> En 1884, le principe des nationalités était ainsi défini par un auteur : « le principe des nationalités a pour but principal la formation des Etats par le rapprochement dans la mesure du possible, des différentes parties d'une nationalité morcelée, estropiée politiquement et opprimée par une force étrangère, pour en former un tout, un corps politique indépendant » : G. Kojuharoff, *Du principe des nationalités*, Genève, 1884, p. 9. Dans un registre moins lyrique, on peut citer la définition du *Répertoire de droit international* de La Pradelle et Niboyet, Paris, 1931, T. 9, v° Nationalité, p. 250 : « D'après le 'principe des nationalités', il devrait y avoir coïncidence entre nations et Etats, toute nation ayant tendance légitime à former un Etat distinct et autonome, une communauté juridique organisée ».

<sup>10</sup>Noiriel, *article précité*, p. 13 ; Sur l'importance du « principe des nationalités » dans les relations internationales au XIXe siècle, v. p. ex., G. Hermet, *Nations et nationalismes en Europe*, Seuil, 1996, pp. 135 et s.

Le principe des nationalités a rapidement suscité un très grand engouement chez les juristes, juristes de droit international public, tout d'abord, qui ont à l'aide du principe des nationalités trouvé une justification à l'aspiration des peuples (des « nationalités ») à disposer d'eux-mêmes<sup>11</sup>. C'est à cette tradition qu'appartient Mancini. Pour Mancini, la Nation doit se substituer à l'Etat, sujet artificiel et arbitraire, Nation rassemblant sous sa bannière tous ceux qui appartiennent à une même nationalité<sup>12</sup>. La nationalité, communauté culturelle, linguistique et à vocation politique, devient chez Mancini le fondement du droit des gens, la justification de l'édification d'une Nation indépendante. Le projet est clairement politique, il est édifié au moment de la construction de l'unité italienne et les considérations de technique juridique n'interviennent que très marginalement.

Les mêmes remarques peuvent être faites pour l'autre grand défenseur du principe de la nationalité, le Belge Laurent. Laurent est parvenu aux mêmes conclusions que Mancini de son propre côté, comme il le souligne lui-même<sup>13</sup>, et pour des raisons fondamentalement identiques, qui lui permettent d'invoquer constamment Mancini au soutien de ses propres idées. Si Laurent adhère au principe des nationalités, c'est parce que les nationalités devraient constituer la base naturelle et divine du territoire d'un pays, toute autre solution étant considérée comme une anomalie<sup>14</sup>. Le soubassement politique de la construction de Laurent est incontestable, et d'ailleurs revendiqué<sup>15</sup>.

Sans nul doute, cette orientation ainsi que la particularité de la situation politique dans laquelle ces théories ont été élaborées en expliquent le fulgurant succès<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> A. de Broglie, *Diplomatie et droit nouveau*, Paris, 1868 (cité par Noiriél, article précité, p. 17) ; Kojuharoff, *op. cit.* Sur l'ensemble de ces doctrines, v. S. Basdevant, « Le principe des nationalités dans la doctrine », in : Institut de droit comparé de l'Université de Paris, *La nationalité dans la science sociale et le droit contemporain*, Paris, 1933, p. 87.

<sup>12</sup> Mancini, « Dellanazionalita come fundamentodeldiritto delle gentili », Conférence prononcée à Turin le 22 juin 1851, reproduite in : *DirittoInternazionale*, Naples, 1873, spéc. pp. 37 et s.

<sup>13</sup> Laurent, *Droit civil international*, T. I, Paris et Bruxelles, 1880, p. 625.

<sup>14</sup> Laurent, *op. cit.*, p. 626 : « L'idée de nationalité implique que chaque nation a un territoire qui lui est nécessaire pour vivre et se développer. Ce territoire, en principe, doit être limité, déterminé par la nature, s'il est vrai, comme je le crois, que les nations sont de Dieu ». Et si Laurent admet qu'« il y a encore des Etats où diverses nationalités coexistent », c'est pour ajouter immédiatement après « les difficultés, tous les jours plus sérieuses, qui surgissent du conflit des races prouvent que ce n'est pas là une situation normale » (*ibid.*).

<sup>15</sup> Sur l'ensemble, v. H. Jessurun d'Oliveira, « Principe de nationalité et droit de nationalité », *Liber memorialis François Laurent*, Story Scientia, 1989, p. 819.

<sup>16</sup> En ce sens, de Winter, « Nationality or domicile ? The present state of affairs », *Rec. Cours La Haye*, 1969. III, p. 347, spéc. p. 372 : « It is readily understandable that in the political situation of Italy at that time, the speech was received enthusiastically by the large and select audience. The Italian peninsula was divided into small states, part of them under foreign rule, and the people were yearning for unity and independence. The astounding influence exercised by Mancini's ideas, in and also out of Italy, should, in my opinion, be attributed to the circumstance that his creed conformed to the leading political and spiritual trends of the 19<sup>th</sup> century : nationalism and liberalism, ingeniously connecting them at the same time. Mancini principle of nationality was a political tenet dressed up and displayed as a rule of the law of the nation ».

Sous l'angle du droit international privé, il est aujourd'hui acquis que ce fameux principe des nationalités a été envisagé de façon indépendante des considérations de conflit de lois<sup>17</sup>, même si il s'y est rapidement implanté, notamment, pour Mancini en particulier, du fait des efforts réalisés lors de la codification du droit italien ou lors de son active participation à l'entreprise d'unification du droit qui s'est développée à la fin du XIXe siècle<sup>18</sup>. Ces entreprises seront d'ailleurs couronnées de succès, dans la mesure où dès le début de ses travaux, la Conférence de La Haye adoptera le principe du rattachement à la nationalité<sup>19</sup>.

Le succès des théories manciniennes ne fera pas perdre de vue aux spécialistes de droit international privé de l'époque la faiblesse de ses justifications scientifiques. Weiss, dès 1892<sup>20</sup>, Pillet, dès 1894<sup>21</sup>, critiqueront la faiblesse des bases théoriques des réflexions de Mancini et le fondement politique de sa construction<sup>22</sup>. Ce caractère politique, aujourd'hui généralement admis<sup>23</sup>, comme le caractère scientifiquement peu assuré des définitions proposées est sans doute en partie ce qui explique le déclin relativement rapide de la doctrine

---

<sup>17</sup>de Winter, *cours précité*, p. 372 : « One can hardly assume that the author in shaping his revolutionary ideas ever thought of private international law. However, soon afterwards the principle of nationality triumphantly entered private international law ».

<sup>18</sup> Mancini, « De l'utilité ... », *précité*. D'après de Winter (*op. cit.*, p. 372), la première tentative scientifique pour faire pénétrer le principe des nationalités dans le droit international privé doit être attribuée à l'auteur italien Esperson, dans un ouvrage de 1868, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*.

<sup>19</sup>*Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé*, Imprimerie nationale, Pays-Bas, 1893 (première conférence), 1894 (deuxième conférence) et 1900 (troisième conférence). Le rattachement au domicile, encore envisagé au tout début dans le questionnaire envoyé par Asser aux délégations (*Actes précités*, première conférence, p. 11), est très rapidement abandonné, puisque dès l'avant-projet de convention sur le statut personnel, seule la nationalité est retenue comme rattachement possible (*Ibid.*, p. 29). Le rattachement à la nationalité ne sera jamais ensuite discuté, au point par exemple d'être qualifié de « grand principe adopté par la science » (*Actes précités*, deuxième conférence, p. 92).

<sup>20</sup> Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. 1, Larose, 1892 : pp. 4 et 5 : « ce n'est pas ici le lieu de discuter la valeur scientifique du principe des nationalités (...) mais, sans sortir des limites et du plan de cet ouvrage, il nous est bien permis de dire que sa base est des plus mouvantes et son point de départ singulièrement arbitraire (...). La vérité est que le critère de la nationalité, telle que l'entend l'école italienne n'existe pas ou, du moins, n'existe pas là où on prétend le découvrir ».

<sup>21</sup> Pillet, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Chunet* 1894, p. 417 et 711, spéc. p. 723, note 1 : « La doctrine italienne n'a pour elle que des considérations d'équité et de convenance, pas une seule idée scientifique, nette et incontestable ».

<sup>22</sup>v. part. Pillet, *Traité de droit international privé*, 1923, T. 1, p. 86 : « la doctrine de la nouvelle école italienne apparut au contraire sous la forme d'une nouvelle doctrine politique. Mancini, son chef, fut un homme d'Etat, et s'il présenta la nationalité comme base du droit, ce fut dans l'intention de fortifier la cause de l'unité italienne. Mancini fut avant tout un grand artisan de la parole : la forme sous laquelle il présente sa doctrine est oratoire et enflammée. Il séduisit, et grâce à cette séduction, on oublia qu'il ne démontrait rien ».

<sup>23</sup>de Winter, *Cours précité*, p. 400 : « Hardly anybody will dispute nowadays that the romantic grounds advanced by Mancini for the application of the nationality principle were inspired by political motives ».

de Mancini comme de Laurent, y compris en Italie<sup>24</sup>, doctrine qui fait aujourd'hui parfois l'objet d'appréciations sévères<sup>25</sup>.

Pour autant, la disparition de ces justifications n'a pas, au moins au départ, affecté le succès de la nationalité comme critère de rattachement, en tout cas en matière de statut personnel et familial, auquel on se limitera. D'autres arguments ont en effet été trouvés pour justifier le maintien d'un rattachement à la nationalité. Il n'en reste pas moins que la rupture avec les idées de Mancini et Laurent, en rompant le caractère politiquement impératif de la nationalité, rendait possible une critique du rattachement qui n'a fait depuis que grandir en importance.

## B. La marginalisation d'un critère de rattachement

Les justifications traditionnelles du rattachement à la nationalité reposent essentiellement sur deux séries d'arguments<sup>26</sup>.

Les premiers tiennent à la considération de la permanence et la certitude qu'apporte celle-ci. On change moins facilement de nationalité que de domicile, donc le rattachement du statut personnel à la nationalité permet de s'assurer que ce sera la même loi qui sera appliquée, même lorsqu'une personne part s'installer dans un autre pays. La certitude est aussi plus grande, parce qu'il est évident qu'il est beaucoup plus facile de déterminer la nationalité de quelqu'un que son domicile.

Les seconds tiennent à la dimension identitaire que posséderait la nationalité. Le changement de pays d'une personne ne le conduit pas nécessairement à rompre tout lien avec son pays d'origine. Et c'est particulièrement vrai pour les questions de statut personnel et familial. Les modèles familiaux sont une très importante partie de la culture, et il est certain que de nombreux étrangers en France, ou Français à l'étranger, sont attachés au maintien de leur statut personnel.

Il n'en reste pas moins que ces deux arguments sont aujourd'hui profondément remis en cause. À la nécessaire permanence, on opposera la nécessité de tenir compte de l'évolution du statut des personnes lorsque celles-ci changent de pays. Au respect des identités, on opposera les impératifs d'intégration qui s'imposent dans des États d'immigration, d'autant plus fortement tentés d'imposer leur propre loi que de trop fortes divergences de conceptions familiales conduiront à l'invocation récurrente de l'ordre public<sup>27</sup>. Par ailleurs, lorsque,

---

<sup>24</sup> T. Ballarino, « La traduction italienne du droit civil international », *Liber memorialis François Laurent*, Story-Scientia, p. 669, spéc. pp. 674 et s.

<sup>25</sup> de Winter, *cours précité*, p. 375, dit, à propos de Mancini : « All this smacks of the high-falutin verbosity fashionable in the « fin de siècle » late romanticism. It strikes us as being rather mawkishly ecstatic and empty ».

<sup>26</sup> Sur les justifications contemporaines du rattachement à la nationalité, v. Batiffol et Lagarde, *Droit International Privé*, T. 1, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n°276 et s. ou encore D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit International Privé*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, T. II. N° 634 et s. Sur l'évolution d'ensemble, v. B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1.

<sup>27</sup> E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, t. 251, p. 9.

comme c'est le cas dans l'Union européenne, les conceptions familiales se rapprochent<sup>28</sup>, l'argument de la permanence du statut et du maintien d'un lien d'identité avec le pays d'origine est beaucoup moins convaincant.

Il n'est pas nécessaire ici d'entrer dans le détail d'une argumentation qui est au cœur des discussions les plus fondamentales du droit international privé depuis plusieurs décennies. A ce stade, il semble plutôt permis de se contenter de constater le résultat d'une telle discussion : la remise en cause profonde et sans doute inéluctable de la nationalité comme lien de rattachement principal du droit international privé de la famille.

La nationalité reste, certes, le rattachement de principe en matière de statut individuel. Mais le principe est fortement concurrencé par ses exceptions. La protection des incapables, majeurs<sup>29</sup> et surtout mineurs<sup>30</sup>, est presque entièrement organisée par les autorités de la résidence habituelle de la personne à protéger, autorités qui appliqueront leur propre loi. De même, si le nom de famille reste par principe soumis à la loi de la nationalité de l'intéressé, sa transmission est, pour sa part, soumise à la loi des effets du mariage, qui n'est pas celle de la nationalité en cas d'absence de nationalité commune<sup>31</sup> et sa reconnaissance peut être faite indépendamment des exigences de la loi nationale pourtant déclarée applicable en raison de la règle de conflit du pays d'accueil<sup>32</sup>.

Une discussion à la fois plus ancienne et plus technique a aussi été opposée à la nationalité comme critère de rattachement en matière familiale. Lorsque plusieurs personnes sont en cause, en effet, les divergences de nationalité rendent le recours à ce critère malaisé, et il est fréquemment nécessaire, dès lors, de prévoir un critère subsidiaire. Il en est ainsi depuis fort longtemps en matière de divorce<sup>33</sup> et, plus largement, de famille légitime. Aussi aujourd'hui, la quasi-totalité des règles de conflit de lois en matière familiale font-elles une place à des critères de rattachement alternatifs. Par ailleurs, la particularité d'une institution rend parfois nécessaire d'écarter purement et simplement la nationalité, comme pour le partenariat

---

<sup>28</sup> A l'exception, bien entendu, de quelques questions fortement clivantes, comme le mariage entre personnes de même sexe ou la maternité pour autrui, questions théoriquement essentielles, mais qui n'occupent en pratique qu'une partie limitée du contentieux.

<sup>29</sup> Convention de La Haye du 13 janvier 2000 *sur la protection internationale des adultes*.

<sup>30</sup> Convention de La Haye du 19 octobre 1996 *concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* ; Règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* (dit règlement Bruxelles 2 bis).

<sup>31</sup> Civ. 1, 7 octobre 1997, *Rev. Crit. DIP*. 1998. 72, note P. Hammje

<sup>32</sup> CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, *Rev. Crit. DIP*. 2009. 80, note P. Lagarde, *JDI*. 2009. 203, note L. d'Avout.

<sup>33</sup> Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, *Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n°26.

enregistré<sup>34</sup>. Plus encore, rendant compte des profondes mutations du statut familial<sup>35</sup>, les nouvelles règles de conflit en la matière, adoptées ou en projet, donnent une part grandissante non seulement à la résidence habituelle, mais encore à l'autonomie de la volonté. Au-delà du domaine traditionnel des régimes matrimoniaux<sup>36</sup>, il en est ainsi en matière de divorce<sup>37</sup>, de successions<sup>38</sup> ou d'obligations alimentaires<sup>39</sup>.

Les modalités du recours à la nationalité, enfin, sont aujourd'hui fréquemment en question, notamment lorsque plusieurs nationalités sont en jeu. Il est ainsi aujourd'hui proposé que lorsque le choix de loi de la nationalité est possible, ce choix de loi puisse s'exercer en faveur de n'importe laquelle des nationalités possédées par l'auteur du choix<sup>40</sup>. Lorsque la nationalité est un rattachement objectif, à l'inverse, certains projets de textes proposent en effet d'exclure le rattachement à la nationalité commune lorsque les intéressés possèdent plus d'une nationalité commune<sup>41</sup>. Ces solutions, qui reflètent un complet bouleversement des règles en matière de conflit de nationalités<sup>42</sup>, montrent à quel point aujourd'hui le sens du rattachement à la nationalité est bouleversé.

Car c'est là, sans aucun doute, la leçon fondamentale à tirer de cette brève énumération. Non pas tant que la nationalité n'est plus un critère de rattachement pertinent, mais qu'il n'est qu'un critère de rattachement *comme un autre*. La spécificité de ce critère, qui tenait avant

---

<sup>34</sup> C. Civ., article 515-7-1 ; sur les biens des partenaires, v. dans le même sens la proposition de règlement *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, COM (2011) 127/2 du 16 mars 2011.

<sup>35</sup> Sur lesquelles v. not. D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, pp. 99 et s.

<sup>36</sup> Convention de La Haye du 14 mars 1978 *sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Projet de Règlement du conseil *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux*, COM (2011) 126/2 du 16 mars 2011.

<sup>37</sup> Règlement 1259/2010 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps* (dit règlement Rome III).

<sup>38</sup> Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (non entrée en vigueur en France), Proposition de règlement européen *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (COM(2009)154).

<sup>39</sup> Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 *sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, Règlement 4/2009 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*.

<sup>40</sup> P. Lagarde, « Réflexion sur la problématique de la double nationalité en matière de divorce », in : S. Corneloup (dir.), *Le nouveau droit européen du divorce*, Dalloz, 2012, à paraître ; P. Wautelet, « L'option de loi et les nationalités multiples : un problème de conflit de nationalités ? », *Revue Générale de Droit Civil* (belge), 2012, à paraître.

<sup>41</sup> Proposition de règlement en matière de régimes matrimoniaux, article 7-2 : « Les dispositions du paragraphe 1b [qui prévoient l'application de la loi de la nationalité commune] ne s'appliquent pas lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune ».

<sup>42</sup> Sur lequel, v. part., J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. DIP*, 2010, 427 ; E. Pataut « Citoyenneté de l'Union et nationalité étatique », *RTDE*, 2010, 617. ; S. Corneloup, « Réflexions d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI* 2011, 491.

tout au fait qu'il y avait là un lien de sujétion entre un individu et un Etat est en train de s'affaiblir progressivement, au profit d'une vision pragmatique, fonctionnelle et localisatrice du critère de la nationalité. A ce titre, il est affecté du même relativisme que tout autre élément de rattachement fondé sur le principe de proximité, ne peut plus revendiquer de priorité sur les autres, doit être écarté lorsqu'il ne convient pas, et doit voir son régime assoupli en fonction des circonstances dans lesquelles il est utilisé.

On est bien loin de la mystique romantique et absolutiste de Mancini.

## **II. Nationalité, jouissance des droits et discrimination**

La remise en cause du critère de la nationalité comme critère de jouissance des droits est encore plus radicale. En effet, progressivement, c'est le principe même de la séparation entre nationaux et étrangers qui est remise en question, pour des pans essentiels du droit. Les coups les plus rudes sont venus du droit de l'Union européenne (A), mais les préoccupations de protection des droits fondamentaux accélèrent singulièrement le mouvement (B).

### **A. L'Union européenne**

Dire que la non-discrimination est au cœur de la construction européenne ne suffit sans doute pas à caractériser la singularité de la situation. La volonté d'effacer le plus possible toute distinction de régime juridique qui serait fondée sur le critère de la nationalité ne résulte pas, en effet, d'une volonté de protéger l'accès à certain droits qui seraient jugés plus importants que d'autres. Il ne s'agit pas du tout, à ce titre, d'assurer que certains droits fondamentaux soient effectivement garantis sans distinction de nationalité, comme ils peuvent l'être sans distinction de sexe ou d'origine ethnique. La non-discrimination par la nationalité est au cœur du projet européen en ce sens qu'il est impossible de construire un espace commun s'il est encore permis de distinguer entre les membres de cet espace commun. Dans le champ d'application du traité, l'absence de distinction entre un Italien et un Français doit (ou devrait) être aussi évidente que l'absence de distinction entre un picard et un breton. La non-discrimination par la nationalité ne relève pas de la protection des droits fondamentaux, mais bien de la nature même de la construction européenne. Aussi la règle, aujourd'hui inscrite à l'article 18 TFUE, figure-t-elle dans les traités depuis l'origine.

Cette place centrale du principe de non-discrimination par la nationalité dans le droit de l'Union européenne a conduit à considérer avec une extrême suspicion toutes les règles des Etats membres qui prenaient la nationalité comme critère de déclenchement d'un droit, lorsque celles-ci pouvaient porter atteinte à un mécanisme du traité.

Au premier rang de ces mécanismes, il faut bien évidemment placer la liberté de circulation et, plus spécifiquement, la libre circulation des personnes. Progressivement, l'Union européenne a en effet secrété un droit très important, permettant d'imposer le respect des libertés de circulation, et rejetant impitoyablement toute règle ou pratique nationale susceptible d'entraver une telle liberté. Au fil d'arrêts aussi célèbres qu'importants, la Cour a ainsi progressivement modifié en profondeur les droits nationaux en annihilant petit à petit toute référence à la nationalité<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Sur l'ensemble de cette évolution, v. part. P. Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2008, pp. 194 et s. et S. Robin Olivier et JS Bergé, *Droit Européen*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2011, pp. 156 et s.

C'était le cas, tout d'abord, pour les règles d'entrée et de séjour : la liberté de circulation doit s'entendre au sens le plus littéral, aussi les règles d'entrée et de séjour, qui, par définition, étaient au départ spécifiques aux Français, se sont-elles vues progressivement étendues à tous les ressortissants des Etats membres. Ainsi encore des règles d'accès à certaines prestations sociales. Là encore, au fil d'une jurisprudence de plus en plus extensive (sur le champ d'application du traité, sur les types d'avantages sociaux en cause, sur les types de discriminations envisagés...), la Cour a progressivement évincé presque toutes les règles conditionnant un avantage social particulier à une condition de nationalité.

Au-delà des seules exigences de la libre circulation des personnes, le principe de non-discrimination s'étend à toutes les libertés de circulation ainsi que, plus généralement à tous les domaines du traité, des plus anciens, comme la concurrence, aux plus récents, comme le droit d'auteur, où l'introduction du principe s'est faite beaucoup plus tardivement<sup>44</sup>. Plus largement, l'introduction de la notion de citoyenneté européenne a encore renforcé ce mouvement, en ouvrant à d'autres que les nationaux d'un Etat membre des droits essentiellement régaliens, comme la protection diplomatique ou le droit de vote<sup>45</sup>.

La disparition de la nationalité comme critère de déclenchement des droits était programmée dès le début de la construction européenne. Mais ce n'est que progressivement que les conséquences pratiques d'une telle affirmation se sont fait sentir. Aujourd'hui, la nationalité est incontestablement un critère fortement marginalisé du droit de l'Union européenne.

Il n'a pourtant pas totalement disparu, même des libertés de circulation. Le droit de l'Union admet en effet dans certains cas exceptionnels que les Etats restreignent les libertés de circulation, y compris par des règles discriminatoires, lorsqu'il y va du cœur de leur compétence. En matière de libre circulation, ces réserves s'expriment particulièrement dans les articles 45§4 TFUE qui exclut de la liberté de circulation les « emplois dans l'administration publique », et 51 TFUE, qui exclut de la liberté d'établissement « les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».

En application de ces dispositions, les Etats peuvent décider de réserver l'accès à certains métiers à leurs nationaux. Une telle solution, évidemment contraire au principe de libre circulation, n'est susceptible d'être acceptée que lorsque l'Etat membre prouve que le métier en cause doit effectivement être réservé aux nationaux, parce qu'il exige une fidélité à l'Etat en cause, ou, dit la Cour, « un lien de solidarité spécifique entre un individu et un Etat »<sup>46</sup>.

L'interprétation de ces limites à la liberté de circulation est assez stricte, comme l'a encore montré l'exemple récent de la condition d'accès à la profession de notaire<sup>47</sup>, mais là n'est pas

---

<sup>44</sup> V.L. Bénabou, « De Phil Collins à Bob Dylan, le principe de non-discrimination à raison de la nationalité en propriété intellectuelle », *Mélanges Bonet*, IRPI, Litec, 2010.

<sup>45</sup> Sur l'ensemble, v. *inter alia*, B. Fauvarque-Cosson et al., *La citoyenneté européenne*, Société de législation comparée, 2011.

<sup>46</sup> La formule vient de CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c. Belgique*, aff. 149/79 ; sur l'ensemble, v. P. Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2008, n° 228

<sup>47</sup> Par 6 arrêts très discutés du 24 mai 2011, dont l'un concernait la France (aff. C-50/08), la Cour de justice a en effet considéré que dans la mesure où les notaires ne participaient pas à l'exercice de l'autorité publique, la condition de nationalité pour l'accès à la profession devait être considérée comme contraire aux libertés de circulation.

la question. Plus avant, en effet, ce que montre cette très importante évolution, c'est que la fonction de la nationalité s'est à la fois recentrée et rétrécie. Là encore, il n'est pas question de lui refuser toute utilité. Simplement, celle-ci n'est désormais acceptable comme critère de déclenchement des droits que lorsque ces droits sont représentatifs du lien de sujétion que représente la nationalité. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire dans l'immense majorité des situations, la nationalité doit être écartée, car sa mécanique d'exclusion la rend illégitime. En d'autres termes, la nationalité n'est acceptable que si elle sert une fonction précise et unique : faire valoir le lien particulier, de souveraineté, qui unit un Etat et un individu. Si la question de l'autorité régaliennne de l'Etat n'est pas en cause, la nationalité ne doit pas servir de critère de déclenchement des droits. Il s'agit bien là, comme on le voit, d'une très forte marginalisation du lien de nationalité.

Bien entendu, cette solution se limite au champ d'application du droit de l'Union. En dehors de celui-ci, ce sont les considérations de protection des droits fondamentaux qui prévalent.

## B. La protection des droits fondamentaux

Il n'est guère besoin de rappeler la place éminente occupée aujourd'hui par la protection des droits fondamentaux, tant celle-ci a progressivement pénétré chacune des branches du droit, le droit international privé comme les autres. Au nom des droits fondamentaux, chacune des règles du droit français a fait l'objet d'une réévaluation qui a, très fréquemment, conduit à en modifier les contours. Les règles qui utilisent la nationalité ne font pas exception à la règle.

On l'a dit, le recours à la nationalité comme critère d'imputation d'un droit est par essence discriminatoire. Il conduit à distinguer le Français de l'étranger pour appliquer au premier un régime juridique qu'il refuse au second. Une telle solution n'est pas critiquable en soi : chaque règle a des conditions de déclenchement qui, si elles sont liées au rapport de droit, sont justifiées. La conformité aux exigences des droits fondamentaux supposait donc d'évaluer si la nationalité était bien le critère pertinent d'applicabilité d'une règle de droit particulière.

Ce contrôle a conduit à deux types de remise en cause.

Le premier est la contestation de l'utilisation de la nationalité lorsque ce critère conditionnait le déclenchement de règles de droit dans lesquelles on ne peut guère déceler de nécessité régaliennne pour limiter l'accès à un tel droit aux seuls français. Cette situation correspond à la quasi-totalité du droit privé. Progressivement, en effet, les droits privés dont étaient privés les étrangers se sont considérablement amenuisés, au point qu'il n'existe plus, désormais, de « condition civile de l'étranger ». Sous l'angle de la jouissance des droits privés, il n'y a plus aucune raison de faire un traitement différent de l'étranger et du Français. Il est admis depuis plusieurs décennies déjà que l'étranger jouit en France de tous les droits qui ne lui sont pas spécialement refusés par un texte<sup>48</sup>. Mais plus encore, lorsqu'un droit est effectivement spécialement refusé à un étranger, les considérations d'égalité de traitement et de non-discrimination peuvent conduire à l'éviction de la règle en cause. Deux exemples récents permettent de s'en convaincre.

Le premier est celui de la disparition de l'ancienne et fort critiquable règle réservant le droit au renouvellement du bail commercial aux preneurs de nationalité française. Cette règle a été solennellement condamnée par la Cour de cassation, en tant qu'elle constituait une

---

<sup>48</sup> Civ. 27 juillet 1948, Lefait, *Rev. Crit. DIP*. 1949, note Batiffol, *Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, n°20.

discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>49</sup>. Dans le même ordre d'idées, second exemple, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire au principe d'égalité le mécanisme du droit de prélèvement, connu et critiqué depuis de longues années par les spécialistes de droit international privé<sup>50</sup>. Cette institution permettait au seul héritier français de reconstituer sa part réservataire en application de la loi française et de la prélever sur les biens situés sur le territoire français. Elle consacrait donc une inégalité entre héritiers à une même succession, uniquement en fonction de la nationalité. Cette inégalité peinait à trouver des justifications convaincantes, le mécanisme de la Question prioritaire de constitutionalité lui a donné le coup de grâce.

Renouvellement du droit au bail et droit de prélèvement n'ont évidemment rien à voir l'un avec l'autre. Leur point commun est simplement d'être des dispositions juridiques relatives à l'organisation du patrimoine de personnes privées, qui ne supposent ni n'impliquent aucun lien de solidarité ou d'allégeance particulière vis à vis de la France. Dès lors, l'utilisation du critère de nationalité est bien illégitime, en ce qu'il réserve aux Français des avantages qui ne peuvent se justifier par cette qualité.

L'illégitimité de la distinction pourrait à notre sens être aujourd'hui invoqué à l'encontre d'un certain nombre de règles discriminatoires qui subsistent en droit français, notamment en matière d'accès à certains métiers. Un nombre encore assez élevé de professions est en effet toujours réservé aux Français (et aux ressortissants des autres Etats membres)<sup>51</sup>. Lorsque le métier en cause n'implique aucun lien de solidarité particulier avec l'Etat, aucun argument sérieux ne semble réellement s'opposer à l'ouverture aux étrangers, au moins à ceux déjà régulièrement installés sur le territoire français.

Quoi qu'il en soit, la quasi-disparition de la condition civile des étrangers a eu pour conséquence le glissement progressif du droit spécifique des étrangers vers les règles où le pouvoir régalien de l'Etat est incontestable. Au premier rang de ces règles figurent bien évidemment les droits politiques des étrangers et, surtout, les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire français. Pour ce bloc de règles, la légitimité de l'utilisation du critère de la nationalité n'est pas remise en cause. Il s'agit bien, en effet, de questions qui sont au cœur des pouvoirs régaliens de l'Etat et, dès lors, la distinction entre l'étranger et le national garde en la matière toute sa pertinence.

Bien entendu, une telle affirmation n'implique nullement que l'Etat lui-même ne puisse modifier la règle considérée. L'ouverture aux ressortissants de l'Union du droit de vote aux élections locales et européennes, la discussion actuelle sur le droit de vote des étrangers,

---

<sup>49</sup> Civ. 3, 9 novembre 2011, *D.* 2012. 532, note Joël Monéger, *LPA* 7 décembre 2011, note L. d'Avout : « l'article L. 145-13 du code de commerce, en ce qu'il subordonne, sans justification d'un motif d'intérêt général, le droit au renouvellement du bail commercial, protégé par l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel de la CEDH, à une condition de nationalité, constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de cette même Convention ».

<sup>50</sup> Conseil Constitutionnel, 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, *JDI* 2012. 135, note S. Godechot-Patris.

<sup>51</sup> V. l'improbable inventaire des professions dont l'accès est soit réservé aux Français et aux ressortissants de l'Union européenne soit subordonnés à certaines conditions spécifiques dans N. Guimezanes, « Condition des étrangers en France », *J-Cl. Droit International*, Fasc. 525-15 et s., spéc. fasc. 525-20, n° 77 et s. La liste comprend par exemple les professions de coiffeur, détective privé ou opticien lunetier... Il est bien évident que des considérations de contrôle des diplômes et de protection de la main d'œuvre nationale sont ici déterminantes. Celles-ci ne semblent toutefois pas susceptibles de justifier un mécanisme aussi brutal que celui de la discrimination par la nationalité.

montre qu'il s'agit bien là de décisions politiques fondamentales sur lesquelles il est possible d'avoir plusieurs approches. Il n'en reste pas moins que la compétence de l'Etat pour en décider reste à ce jour incontestée.

Pour autant, cette compétence de l'Etat ne s'exerce pas sans limite. C'est là le deuxième axe fondamental de la remise en cause de la nationalité par les droits fondamentaux. En application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>52</sup> ou de la constitution<sup>53</sup> il a en effet été accordé à l'étranger la possibilité d'invoquer ses propres droits fondamentaux à l'encontre du pouvoir régalién de l'Etat. L'atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale a ainsi pu justifier que les mesures d'éloignement soient refusées ou, au contraire, que soit imposé le rapprochement d'une famille par le biais notamment du regroupement familial. Seront ainsi mis en balance les intérêts de l'Etat à faire prévaloir ses conceptions de l'ordre public ou de contrôle de l'immigration avec ceux de l'individu à voir respecter les droits fondamentaux qui lui sont reconnus en leur seule qualité d'humain.

Il est bien évidemment impossible dans le cadre restreint de cette étude de faire la liste exhaustive des cas dans lesquels le droit de mener une vie familiale, le droit à la vie privée voire même le droit au séjour ont pu limiter le droit régalién de l'Etat de régir la situation des étrangers sur le territoire français<sup>54</sup>. La jurisprudence en la matière est évolutive, parfois difficile à synthétiser et fait, pour dire le moins, l'objet d'appréciations contradictoires. Ce qui est en revanche tout à fait certain, c'est qu'elle remet en cause une importante prérogative de l'Etat et, de ce fait, l'un des intérêts de la nationalité française<sup>55</sup>.

Aujourd'hui, la distinction simple entre Français et étranger ne suffit plus à expliquer le régime juridique de ces derniers, même au regard de l'entrée et du séjour. La durée du séjour, l'intensité des liens familiaux, le degré d'insertion dans la société française, tous ces éléments seront pris en compte pour bâtir des régimes juridiques évolutifs et non plus binaires. En d'autres termes, le lien d'intégration, aujourd'hui, concurrence fortement le lien de nationalité quant au régime juridique applicable aux étrangers. Même dans ce qui constitue le cœur des compétences régaliennes de l'Etat, la nationalité ne peut plus être considérée comme le seul élément de rattachement pertinent.

Dès lors, la remise en cause de la nationalité est profonde. Alors que celle-ci permettait de définir un régime juridique cohérent et global, elle est désormais contestée dans ses fonctions les plus essentielles. Non pas, encore une fois, qu'elle ait perdu son intérêt ni son utilité. Ce qui est largement remise en cause est bien plutôt sa prééminence. En matière de conflit de lois comme de jouissance des droits, l'évidente supériorité de la nationalité a aujourd'hui disparu. Elle conserve une certaine nécessité, fragile, lorsque sont en cause les prérogatives régaliennes de l'Etat. Lorsque tel n'est pas le cas, en revanche, cette prééminence a disparu et

---

<sup>52</sup> V. not. CEDH, 18 février 1991, *Moustaqim*, *JDI*. 1992. 771, obs. P. Tavernier.

<sup>53</sup> V. not. Cons. Const. 13 août 1993, *Rev. Crit. DIP*. 1993. 597.

<sup>54</sup> Pour une telle étude, v. D. Lochak, « Droits et libertés des étrangers », *J-Classeur droit international*, fasc. 524-35 et s.

<sup>55</sup> En ce sens, mais pour le critiquer vigoureusement, v. not. Y. Lequette, « La nationalité française dévaluée », *Mélanges Terré*, 1999. 352.

laisse la place aux exigences de la non-discrimination et de la détermination d'un rattachement qui reflète une authentique proximité entre le droit applicable et la situation.

Dès lors, la nationalité n'est plus le lien de droit unique et exclusif qu'il était. Il est concurrencé sur son terrain même, progressivement remplacé par d'autres éléments de rattachements, ravalé, à dire vrai, au titre de technique de rattachement comme une autre. Importante, certes, symbolique, certes, mais très loin de l'exclusivité.