



HAL
open science

La nationalité Un lien de droit au prisme des droits fondamentaux

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. La nationalité Un lien de droit au prisme des droits fondamentaux. FX. Lucas et T. Revet. CRFPA - Précis de culture juridique, LGDJ, pp.173-180, 2017. halshs-02268827

HAL Id: halshs-02268827

<https://shs.hal.science/halshs-02268827v1>

Submitted on 21 Aug 2019

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.

La nationalité

Un lien de droit au prisme des droits fondamentaux

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

Version de travail

La nationalité fait l'objet, en France en tout cas, d'un régulier et vif débat public. Celui-ci tient au fait que, concept essentiellement juridique, la nationalité n'en est pas moins au cœur de l'identité des Etats et des personnes, justifiant que le débat dépasse les habituelles frontières académiques.

Juridiquement la définition juridique classique de la nationalité est précise, qui voit celle-ci comme le « lien juridique et politique, défini par la loi d'un Etat, unissant un individu au dit Etat »¹. 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 d'une nature toute particulière. Internationalement, il définit la population même d'un Etat et participe donc des conditions d'existence de cet Etat. Localement, il définit le lien d'appartenance à un ensemble de personnes et permettra donc de définir une communauté, la « communauté nationale », à laquelle sera accordée un statut particulier.

C'est l'existence même de ce statut particulier, ensuite, qui montre que la nationalité est une composante essentielle de l'identité d'une personne. Elle établit l'intégration d'un individu donné à une communauté et se traduit juridiquement par l'application d'un corps de règles spécifiques à celle-ci. Parler de « national », ou de « Français » renvoie donc aussi à l'ensemble des règles qui régissent tous les nationaux d'un pays donné ou tous les Français.

Cette double composante, étatique et personnelle, de la nationalité, est aujourd'hui en forte tension. Du côté de l'Etat, tout d'abord, le fait que les frontières de l'Etat, la communauté nationale et un corps de règles particulières 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. Du côté de l'individu, ensuite, l'individualisation des droits et tout particulièrement l'émergence des droits fondamentaux sont des éléments fortement perturbateurs de l'exclusivisme du lien de nationalité. Cette double remise en cause, par l'évolution de l'Etat, d'un côté par l'affermissement de la personne, de l'autre, se retrouvent tant sous l'angle de l'accès à la nationalité (I) que sous celui des fonctions de la nationalité (II).

I. L'accès à la nationalité.

¹ Vocabulaire Cornu, v° Nationalité ; dans un sens proche, v. par ex. P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz, 2011, n° 0.02.

La compétence exclusive de chaque Etat pour déterminer qui sont ses nationaux fait partie des règles les mieux assises de l'ordre international. Chaque Etat utilise les règles qu'il souhaite pour octroyer sa nationalité. Certains favorisent la naissance sur le territoire, d'autres, le lien de filiation, d'autres encore, la volonté. La plupart, toutefois, mélangent les différents critères. Telle est bien la situation du droit français, qui, dans le titre Ibis du Livre I du Code civil, utilise tous les critères possibles, combinés de diverses manières, pour déterminer qui peut être ou devenir Français.

Le droit français, et lui seul, peut dès lors déterminer qui a la qualité de Français. Plus généralement, le « droit à la nationalité » n'existe pas en tant que tel en droit français, malgré sa proclamation dans certains textes internationaux. Il est largement acquis qu'aucun texte international ou européen, aucune coutume, aucune décision d'une juridiction internationale ne peut obliger un Etat à considérer une personne comme son national sans son consentement. L'éventuel défaut de nationalité se traduit par un statut particulier, l'apatridie, qui n'est certes pas encouragé, mais qui n'est pour autant nullement interdit.

Aussi ferme que soit cette solution, pourtant, celle-ci évolue lentement, du fait des droits fondamentaux, d'une part, de la construction européenne, d'autre part. La Cour européenne des droits de l'homme (A) et la Cour de justice de l'Union européenne (B) semblent en effet déterminées à confronter le pouvoir exclusif de l'Etat en matière d'octroi de la nationalité aux normes dont elles sont les garantes.

A. L'impact des droits fondamentaux

L'existence d'une compétence exclusive en matière de nationalité rend le principe même d'un contrôle des droits étatiques de la nationalité par les droits fondamentaux très peu assuré. La nationalité, pourtant, touche incontestablement aux droits fondamentaux de l'individu. En tant qu'elle constitue une composante essentielle de l'identité d'une personne, il ne fait guère de doute qu'elle entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant une vie privée et familiale ; en tant qu'elle est la source d'un régime juridique spécifique, elle pourrait être appréciée au regard de l'article 14 posant une exigence de non-discrimination.

Aussi la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle progressivement, et avec beaucoup de prudence, affirmé son contrôle. Dans une affaire importante², elle a ainsi accepté de considérer qu'un droit de la nationalité discriminatoire pouvait être jugé contraire aux exigences du droit à la vie privée et familiale.

Le droit maltais, qui était en cause, prévoyait une différence de transmission de la nationalité maltaise aux enfants en fonction de la naissance. Un enfant légitime était maltais si l'un de ses deux parents l'était, un enfant naturel, en revanche, n'était de cette nationalité que si sa mère l'était. Cette solution était évidemment discriminatoire en ce sens qu'elle s'appuyait sur une distinction entre les enfants en fonction de leur naissance, distinction aujourd'hui illégitime. Mais la discrimination portant sur une compétence exclusive de l'Etat, l'octroi de la nationalité, il pouvait être soutenu que la question ne relevait pas du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est précisément sur ce point que la Cour a fait évoluer son contrôle, en considérant qu'un refus arbitraire ou discriminatoire de nationalité pouvait être contrôlé sous l'angle du droit à la vie privée et familiale. La solution n'est nullement bouleversante, et

² CEDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, n° 53124/09

la conscience de la discrimination avait déjà, à l'époque de la décision de la Cour, conduit le législateur maltais à changer sa loi sur le sujet. Ce qu'elle indique, en revanche, c'est que l'octroi de la nationalité n'est plus le résultat d'un pouvoir exclusif de l'Etat sur un individu, mais doit tenir compte aussi des droits fondamentaux garantis à cet individu.

Cette solution n'a certes pas conduit à des changements majeurs d'un domaine du droit qui reste l'apanage des Etats. Le principe n'est resté pas moins fermement posé. Dans le domaine sensible de la déchéance de la nationalité, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi très clairement affirmé son pouvoir de contrôle, au regard notamment de l'article 8 de la Convention³. Les droits fondamentaux sont bien ici, même si c'est avec prudence, de nature à encadrer le pouvoir des Etats.

Une évolution parallèle est en cours dans le cadre de l'Union européenne.

B. L'impact de la citoyenneté européenne

Pour des raisons distinctes, l'Union européenne a elle aussi commencé à explorer, avec la même prudence, les possibles interférences entre droit de la nationalité et droit de l'Union. Par principe, à nouveau, l'Union n'a aucune compétence en matière de nationalité. Lorsque la question est incidemment posée à la Cour, celle-ci refuse le plus souvent de trancher, se contentant de renvoyer au droit de chacun des Etats, même lorsque le droit européen est en jeu. Il en est ainsi, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si un « citoyen britannique d'outre mer » est ou non un citoyen européen⁴.

La question, rappelle inlassablement la Cour, relève du droit national de chaque Etat, qui doit simplement exercer cette compétence « dans le respect du droit de l'Union »⁵. Cette réserve est classique dans la jurisprudence de la Cour de justice ; elle n'en a pas moins permis quelques changements significatifs.

Tout particulièrement, la question s'était posée dans une affaire *Rottmann* tranchée en 2010, qui concernait un Autrichien ayant acquis la nationalité allemande et avait de ce fait perdu sa nationalité autrichienne en raison de l'opposition du droit autrichien à la double nationalité. Il était ensuite apparu que la naturalisation avait été obtenue par fraude, notamment du fait de la dissimulation par l'intéressé d'un passé délinquant. En réaction, les autorités allemandes ont retiré leur décision de naturalisation. La combinaison des droits allemand et autrichien a donc conduit à ce que l'individu concerné devienne apatride et, de ce fait, perde par voie de conséquence indirecte sa qualité de citoyen de l'Union. C'est de la conformité au droit européen de cette dernière solution qu'a été saisie la Cour de justice de l'Union européenne.

Dans cette décision la Cour, tout en rappelant sa position classique, a pu affirmer que « le droit de l'Union (...), ne s'oppose pas à ce qu'un État membre retire à un citoyen de l'Union européenne la nationalité de cet État membre acquise par naturalisation lorsque celle-ci a été obtenue de manière frauduleuse à condition que cette décision de retrait respecte le principe de proportionnalité ».

En pratique, ce contrôle de proportionnalité implique quelques vérifications concrètes, qui ne porteront ni sur le droit allemand ni sur le droit autrichien de la nationalité, mais

³ CEDH, 21 juin 2016, *Ramadan c. Malte*, n° 76136/12 CEDH, 7 février 2017, *K2 c. Royaume-Uni*, n° 42387/13.

⁴ CJCE, 20 février 2001, *Kaur*, aff. C-192/99

⁵ La formule est utilisée couramment depuis CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, aff. C-369/90

bien sur les conséquences d'une application brutale de l'un et de l'autre. Si cette combinaison conduit à faire perdre à un individu sa citoyenneté européenne, la Cour vérifiera attentivement que cette grave décision se justifie au regard des principes qui guident le droit de l'Union. C'est bien une brèche, modeste mais certaine, dans le bastion de souveraineté étatique qu'est le droit de la nationalité.

Dès lors, ni les droits fondamentaux ni la citoyenneté européenne n'affectent le droit de la nationalité lui-même et il est plus que probable que ce droit restera encore longtemps un droit étatique. En revanche, ce qui fait désormais l'objet du contrôle des juges, ce sont les *conditions d'application* de ce droit. Certes, la compétence étatique en matière de nationalité est exclusive. Il n'en reste pas moins que celle-ci doit s'exercer dans la double contrainte du respect des droits fondamentaux des individus et des exigences du droit de l'Union européenne. Pour l'instant, les changements qui en découlent ne touchent qu'à la marge le droit de la nationalité lui-même. Ils sont plus radicaux, en revanche, en ce qui concerne les fonctions de la nationalité.

II. Les fonctions de la nationalité

La nationalité a pour rôle de distinguer une population, celle d'un Etat particulier, du reste du monde. Un tel rôle emporte plusieurs conséquences juridiques.

Dans les relations internationales, la nationalité permet de déterminer la population d'un Etat et participe donc des conditions d'existence de cet Etat, à côté du territoire et du gouvernement. Dans l'ordre international, chaque Etat doit à la fois reconnaître la nationalité accordée par les autres et assumer les droits et les devoirs qui résultent de l'octroi de la nationalité.

Dans l'ordre interne, ensuite, la nationalité sert d'une part de critère de conflit de lois, d'autre part de critère de jouissance des droits. Par le premier rôle, il faut comprendre que la nationalité est l'un des critères utilisés pour déterminer la loi applicable à une situation qui comprend plusieurs éléments de rattachement à d'autres Etats. Par le second rôle, sans doute le plus connu, la nationalité sert 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, et cette qualité servira dès lors à déterminer dans quel cas sera appliqué ce régime juridique particulier. La nationalité servira par exemple à déterminer qui peut voter à certaines élections ou être assujéti à des obligations militaires. Dans ce cadre, l'application du droit français n'est pas discutée. Il faut simplement savoir quelle règle choisir au sein du droit français. Dès lors, sous cet angle, la nationalité sert essentiellement à réserver un certain nombre de droits ou d'avantages aux Français.

C'est sans aucun doute cette dernière fonction de la nationalité qui est aujourd'hui la plus fortement remise en cause. La conscience, notamment sous l'influence du principe de non-discrimination, que la nationalité n'était pas le seul critère d'accès au droit a conduit à d'importants bouleversements juridiques (A) encore accentués par la considération des droits fondamentaux et de la construction européenne (B).

A. Nationalité et jouissance des droits

Le recours à la nationalité comme critère d'application d'un droit est par essence discriminatoire. Il conduit à distinguer le Français de l'étranger pour appliquer au premier une règle ou un droit qui sont refusés 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, peuvent être justifiées.

C'est précisément ce lien entre le critère de la nationalité et le droit qui est aujourd'hui difficile à justifier. L'explication traditionnelle tient au lien entre le droit et la nation. Constitutif de la nation elle-même, le droit ne devrait être réservé qu'à ceux qui en font incontestablement partie. On réserve donc un droit à ceux qui, par la nationalité, montrent qu'ils font bien partie de la communauté constitutive de l'Etat. Ainsi justifierait-on qu'on réserve, par exemple, le droit de vote à ceux qui sont nationaux du pays de vote. Mais que ce lien entre droit et nation s'affaiblisse et le caractère automatique du lien entre droit et nationalité s'affaiblit à sa suite.

Ainsi en matière de vote. Les élections professionnelles, par exemple, visent à représenter une autre collectivité, celle des travailleurs. Aussi le droit de vote est-il conditionné à cette qualité, et non à la nationalité, et les étrangers peuvent-ils désormais voter et être élus aux élections professionnelles. Ainsi encore des élections européennes : ces élections visent à assurer la représentation du peuple européen dans son entier, aussi le droit de vote en la matière est-il subordonné à la possession de la nationalité d'un Etat membre, quitte à exercer ce droit dans le pays de résidence et non de la nationalité. Ainsi, enfin, des élections locales, les plus discutées actuellement. L'allégeance nationale entre en concurrence avec une volonté de représenter tous ceux qui sont concernés par les décisions prises à l'échelon local, soit non seulement les Français, mais encore tous les résidents de la circonscription considérée. L'ouverture du droit de vote aux élections locales est aujourd'hui réalisée pour les ressortissants de l'Union européenne, elle est en discussion depuis de nombreuses années pour les ressortissants des Etats tiers.

Ce dernier débat établit bien l'enjeu de l'utilisation du critère de la nationalité : justifier, au nom de la particularité du lien qui unit la France et chaque Français, que certains droits lui soient réservés.

De ce fait, on assiste aujourd'hui à une contestation forte de l'utilisation de la nationalité lorsque ce critère conditionne 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. Pendant longtemps, les étrangers ont été privés de l'exercice de certains droits en France, au point que l'on pouvait parler de la « condition civile des étrangers », qui permettait d'établir la liste de tous les droits ouverts ou pas aux étrangers. Mais les justifications de ces règles ont aujourd'hui disparu. Les règles de droit privé sont celles qui régissent les liens entre les personnes privées, par opposition aux personnes publiques que sont les Etats ou les collectivités locales. Sous cet angle, il n'y a plus aujourd'hui aucune raison de traiter différemment l'étranger et le Français : la différence de traitement est devenue illégitime.

Aussi est-il admis, depuis une célèbre décision de la Cour de cassation de 1948 que l'étranger jouit en France de tous les droits qui ne lui sont pas spécialement refusés par

un texte⁶. Cette solution est très utile en ce qu'elle pose comme principe que toute règle de droit, sauf exception, fonctionne de la même façon envers les Français et les étrangers. Il reste toutefois l'hypothèse où un droit particulier est explicitement refusé à un étranger par le législateur. De telles règles existent encore mais, elles sont aujourd'hui de plus en plus mal acceptées car elles heurtent directement les exigences de l'égalité de traitement et de la non-discrimination.

La quasi-disparition de la condition civile des étrangers a eu pour conséquence que l'exclusion des étrangers s'est progressivement limitée aux règles impliquant de façon incontestable le pouvoir régalién de l'Etat. Au premier rang de ces règles figurent bien évidemment les droits politiques des étrangers ainsi, surtout, que 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 souverains de l'Etat et, dès lors, la distinction entre l'étranger et le national garde toute sa pertinence.

La considération des droits fondamentaux et, surtout, la construction européenne, conduisent pourtant à nuancer ce dernier constat.

B. Droits fondamentaux, construction européenne et nationalité

1. Les droits fondamentaux et le contrôle des étrangers

Les droits fondamentaux, et tout particulièrement le droit à la vie privée et familiale, peuvent nuancer le pouvoir régalién de l'Etat à l'encontre des droits d'entrée et de séjour des étrangers. Un séjour très long en France, la constitution d'une famille sur le territoire français pourront par exemple protéger contre l'éloignement du territoire.

L'exacte mesure des droits que peut invoquer un étranger contre l'Etat dépend de la qualité et de l'intensité de ses liens avec le territoire. Plus cette intensité est forte, plus les droits de l'individu sont importants ; l'écoulement du temps, qui permet une cristallisation progressive des droits de l'individu est ici un facteur décisif.

Il n'est pas question de faire la liste exhaustive des cas dans lesquels la qualité de l'intégration a pu limiter le droit régalién de l'Etat de régir la situation des étrangers sur le territoire français. La jurisprudence en la matière est évolutive, parfois difficile à synthétiser et fait, c'est un euphémisme, l'objet d'appréciations contradictoires. Ce qui est en revanche certain, c'est que la prise en compte des droits fondamentaux a affaibli une importante prérogative de l'Etat et, de ce fait, l'un des intérêts de la nationalité française.

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 droit applicable aux étrangers. Même dans ce qui constitue le cœur des compétences souveraines de l'Etat, la nationalité ne peut plus être considérée comme le seul élément de rattachement pertinent.

⁶ Civ. 1, 27 juillet 1948, *Lefait*, *Rev. Crit. DIP.* 1949. 75, note H. B.

2. Construction européenne et lien d'intégration

L'Union s'est construite sur un principe fondamental de non-discrimination par la nationalité. Ce principe, qui existe depuis l'origine, figure aujourd'hui à l'article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes duquel : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

Le principe de non-discrimination par la nationalité, spécifique aux européens, a joué un rôle essentiel dans l'évolution du rôle dévolu à la nationalité. En l'écartant progressivement du champ du droit, en effet le droit européen a puissamment contribué à sa marginalisation.

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 d'application, en tant qu'elles pouvaient porter atteinte à une exigence du traité et à construire un régime juridique propre à l'ensemble des européens.

Ainsi en matière de liberté de circulation des personnes. Au fil de textes et d'arrêts décisifs, l'Union européenne a modifié en profondeur les droits nationaux en annihilant petit à petit toute référence à la nationalité et en bâtissant un régime de circulation qui a mis à bas tout le droit étatique des étrangers, désormais réservé aux ressortissants d'Etats tiers.

Mais surtout, la Cour a toujours veillé à donner le sens le plus large à cette liberté de circulation en l'associant à la non-discrimination. C'est ainsi par exemple qu'il a été considéré que toute condition de nationalité en matière d'avantages sociaux ou d'accès à certaines professions devait être interdite comme portant atteinte à la libre circulation. La combinaison entre liberté de circulation et non-discrimination s'est avérée être un instrument extrêmement puissant pour étendre les avantages sociaux des Etats membres aux ressortissants des autres Etats membres. Au fil d'une jurisprudence de plus en plus extensive (sur le champ d'application du traité et sur les types d'avantages sociaux en cause), la Cour a progressivement évincé presque toutes les règles conditionnant un avantage social particulier à une condition de nationalité. Plus largement, au-delà des seules exigences de la libre circulation des personnes, le principe de non-discrimination s'est étendu à toutes les autres libertés de circulation ainsi que, plus généralement à tous les domaines du traité.

Cette marginalisation de la nationalité a été encore renforcée par l'émergence progressive de la citoyenneté européenne, insérée dans les traités à partir du Traité de Maastricht (1992). Attribuée à « toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre » (article 20 TFUE), cette citoyenneté a fait l'objet d'une interprétation large par la Cour de justice qui a forgé en 2001 une formule devenue un standard jurisprudentiel essentiel : « Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres »⁷.

De cette formule un peu générale, la Cour a tiré de nombreuses conséquences, en étendant notamment le droit d'entrée et de séjour et l'accès au système social de l'Etat d'accueil. Avec quelques années de recul, il apparaît que la combinaison entre

⁷ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99.

citoyenneté européenne et non-discrimination a fortement contribué à accentuer la marginalisation de la nationalité.

Bien entendu, il n'est pas question de supprimer toute condition d'accès à une allocation ou un avantage social quelconque, mais sous les doubles auspices de la non-discrimination et de la proportionnalité, il est désormais nécessaire de scruter plus précisément les conditions requises pour obtenir l'avantage visé, afin de vérifier qu'elles ne privent pas un citoyen européen qui serait effectivement lié d'une façon ou d'une autre à l'État membre considéré. Dès lors la Cour de justice est désormais amenée à contrôler très strictement la qualité de ce lien, appelé lien d'intégration.

A nouveau, les solutions qui en résultent sont souvent complexes et difficiles à systématiser. Au-delà, pourtant, de ces difficultés techniques, une évolution majeure transparaît : celle d'une prise en compte des nombreux liens qui existent entre une personne et une communauté d'appartenance.

De telles évolutions constituent de profonds bouleversements de l'exclusivisme de la nationalité comme vecteur de droit. Elles sont pourtant la traduction juridique directe que les appartenances, comme les identités, sont aujourd'hui multiples.

Dans la détermination de ces identités, la nationalité joue un rôle décisif, mais désormais non exclusif.