



HAL
open science

L'appartenance, de quel droit ? La citoyenneté comme principe d'exclusion

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'appartenance, de quel droit ? La citoyenneté comme principe d'exclusion. Camille Aynès. Entre inclusion et exclusion : la double face de la citoyenneté, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie - Lextenso/LGDJ, pp.33-46, 2023, 9782370323903. halshs-04276883

HAL Id: halshs-04276883

<https://shs.hal.science/halshs-04276883v1>

Submitted on 19 Apr 2024

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.

L'appartenance, de quel droit ?

La citoyenneté comme principe d'exclusion

Danièle Lochak, professeure émérite de l'université Paris Nanterre, Credof-CTAD

in Camille Aynès (dir.), *Entre inclusion et exclusion : la double face de la citoyenneté*, Institut francophone pour la Justice et la Démocratie, 2023, pp. 33-46

Tout groupe humain se constitue et fonctionne sur la base d'un partage entre « nous » et « les autres ». Ce partage remplit une fonction d'identification : désigner l'autre est une façon de se définir soi-même, de cerner, en creux, ce qui fait l'identité propre du groupe. Mais il a aussi un impact très concret sur la répartition du pouvoir, la distribution des biens, l'accès aux services publics, la consistance des droits. Car les membres d'un groupe, comme le relève Michael Walzer, se distribuent du pouvoir et des biens entre eux et évitent autant que possible de les partager avec qui que ce soit d'autre¹.

Compte tenu de l'enjeu que représente ainsi l'appartenance à une communauté, la question de savoir qui décide, et sur la base de quels critères, de cette appartenance revêt une portée capitale, *a fortiori* lorsqu'est en cause la communauté politique. À l'époque moderne et contemporaine, l'État est devenu la communauté politique de référence quasi-exclusive ; et ce sont des règles juridiques qui définissent les conditions de l'appartenance à un État, les modalités selon lesquelles elle se constate ou, le cas échéant, prend fin, et finalement les implications de cette appartenance en termes de droits et obligations.

La « nationalité » est un lien de droit objectivé entre l'individu et l'État en ce sens que la détermination de la qualité alternative de national ou d'étranger dépend de l'application de normes juridiques. Mais cette objectivation ne doit pas tromper : la règle de droit est, ici comme ailleurs, dictée par une série de considérations d'ordre économique, démographique, sociologique, idéologique. À titre d'exemple, la part respective accordée au *jus soli* et au *jus sanguinis*, la facilité ou la difficulté avec laquelle est accordée la naturalisation peuvent dépendre de besoins très immédiats de l'État ou refléter une certaine conception de la collectivité nationale avec la variété des éléments qui fondent sa cohésion ou son identité : la langue, l'origine ethnique, l'attachement à une histoire, des traditions ou des valeurs communes. L'ambiguïté même du mot « nationalité » reflète cet entre-deux : il semble caractériser l'appartenance au groupe social qu'est la nation alors qu'il exprime en toute rigueur le rattachement juridique à un État².

Le risque de distorsion entre le niveau juridique : on est national ou étranger sur la base de règles formalisées définies par le législateur, et le niveau des représentations : l'étranger est celui qu'on perçoit comme n'appartenant pas à la nation, est donc limité. Il l'est d'autant plus que le rapport entre le droit et les représentations n'est pas à sens unique : si le droit reflète les besoins et les valeurs de la société, il rétroagit sur les représentations en influençant notre façon de percevoir et de concevoir le monde qui nous entoure.

En montrant comment l'appartenance est « saisie par le droit »³, on peut ainsi tenter d'éclairer une interrogation plus fondamentale : l'appartenance, « de quel droit » ? Les critères de

¹ Michael Walzer, *Sphères de justice*, (1983), trad. fr. Seuil, 1997, p. 61.

² Le terme *Staatsangehörigkeit* [littéralement : appartenance à l'État] est plus exact. Le mot *citizenship*, lui, connote la dimension politique de l'appartenance, peut-être de façon excessive, dans la mesure où certaines prérogatives attachées à la citoyenneté peuvent être conférées à des non nationaux et inversement certains nationaux peuvent être privés de ces prérogatives.

³ Danièle Lochak, « L'appartenance saisie par le droit », in Anne Gotman (dir.), *Villes et hospitalité. Les municipalités et leurs « étrangers »*, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2004, pp. 33-49.

l'appartenance laissent transparaître la conception sous-jacente, plus ou moins ouverte, de la communauté politique (I), tandis que la distribution des droits et avantages témoigne de la dimension exclusive de la citoyenneté (II). On est tenté d'en conclure que seule l'appartenance à la cosmopolis, à la « cité universelle » serait à même de garantir l'universalité des droits de l'homme.

1/ La définition de l'appartenance : nous et les autres

Les critères de l'appartenance formalisés par le droit ont toujours quelque chose à voir avec ce qui fonde, subjectivement ou objectivement, la cohésion d'une collectivité. Les règles d'attribution de la nationalité d'origine comme celles qui permettent l'acquisition de la nationalité d'un État en disent beaucoup sur la vision qu'une communauté politique a d'elle-même et son attitude à l'égard des autres.

A. La ligne de démarcation : *jus soli*, *jus sanguinis*

Les critères mobilisés par le droit ne sont pas en nombre infini : on trouve essentiellement, d'un côté l'appartenance dessinée par un rattachement territorial – la naissance et/ou la résidence sur le territoire d'un État –, de l'autre l'appartenance fondée sur le lien de sang – la filiation – avec le « national » de l'État considéré. *Jus soli* vs *jus sanguinis*. La prédominance de l'un ou l'autre de ces systèmes dépend de ce qui est censé fonder l'identité de la nation mais aussi de considérations plus volontaristes qui peuvent infléchir les attitudes spontanément observées en vue de répondre à des besoins collectifs pressants, de type démographique, économique, voire politique. Il est vrai qu'aujourd'hui les deux principes se combinent de plus en plus souvent dans les législations, débouchant sur des systèmes de détermination de la nationalité plus complexes et plus fluctuants.

En règle générale, le critère territorial reflète une conception plus ouverte de l'appartenance que celui de la filiation. On le retrouve logiquement avec une force particulière dans les pays d'immigration. C'est ainsi que les États Unis ou les pays d'Amérique latine pratiquent le *jus soli* intégral, voire exclusif : la naissance sur le territoire est la condition suffisante mais aussi nécessaire d'attribution de la nationalité, même si, en pratique, des assouplissements permettent aux enfants nés à l'étranger de se voir reconnaître la nationalité de leurs parents.

La réintroduction progressive du droit du sol en France, après la parenthèse du code civil⁴, reflète assez exactement la transformation de la situation démographique d'un pays dont la natalité est en baisse constante et qui devient une terre d'immigration. La loi de 1851 introduit ce qu'on a coutume d'appeler le « double jus soli », règle qui perdure jusqu'à aujourd'hui et qui déclare français l'enfant né en France dont l'un des parents est lui-même né en France (ou à qui aucune autre nationalité n'est attribuée). La loi de 1889 fait un pas de plus, même s'il ne s'agit plus ici à proprement parler d'attribution mais d'acquisition de la nationalité : l'enfant né en France acquiert automatiquement cette nationalité à sa majorité, cette acquisition pouvant être anticipée par le biais d'une déclaration effectuée pendant sa minorité – dès la naissance, dans le texte d'origine, à partir de 13 ans et à la condition qu'il ait eu sa résidence habituelle pendant au moins cinq ans depuis l'âge de 11 ans dit le texte actuel. Cette condition de résidence masque ici une condition d'assimilation qui ne dit pas son nom, l'enfant étant présumé, à travers la scolarisation, s'être acculturé aux normes et valeurs françaises : on y reviendra.

⁴ Le code civil de 1804 contient bien un article 9 qui permet à l'enfant d'étranger né en France d'opter pour la qualité de Français mais cette faculté semble être restée plus ou moins lettre morte en pratique. Voir Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Grasset, 2002, p. 29 et s. ; Serge Slama, « *Jus soli, jus sanguinis*, principes complémentaires et consubstantiels de la tradition républicaine », *Pouvoirs*, n° 160/2017.

L'autre critère d'appartenance, celui de la *filiation* ou des « *liens de sang* » (les deux termes, généralement utilisés l'un pour l'autre, ne sont pas strictement équivalents, dans la mesure où la filiation peut aussi inclure la filiation adoptive), reste encore aujourd'hui, dans un très grand nombre de pays, le critère dominant pour l'attribution de la nationalité.

En France même, malgré la place occupée par le droit du sol, le *jus sanguinis* reste le mode dominant de détermination de la nationalité : une large majorité de la population est française par filiation, puisqu'il suffit, pour être français de naissance qu'un de ses parents soit français, quel que soit le lieu où l'on est né. La naissance à l'étranger, et même l'établissement durable à l'étranger n'empêche pas – en principe – de rester français et de transmettre cette nationalité à ses descendants sur plusieurs générations⁵.

Le *jus sanguinis* a pu, non sans quelque raison, être considéré avec méfiance, dans la mesure où toutes les législations raciales, depuis le statut de *limpieza de sangre* – imposé en Espagne de la fin du 15^e siècle au milieu du 19^e – jusqu'aux lois de Nuremberg, en passant par les lois ségrégationnistes des États unis, les Codes noirs et les législations coloniales, ont accordé une place centrale au lignage et à la filiation pour définir et distinguer les « races » et élever entre elles une barrière étanche⁶.

Cette idéologie qu'on pensait révolue peut ressurgir, comme en témoigne l'entreprise d'« ethnicisation » et même de « biologisation » de l'identité nationale à laquelle on a assisté en France au milieu des années 1980. Seule une nationalité transmise par filiation était capable, alléguait-on, de préserver l'identité nationale et d'éviter que ne s'établisse en France une société multiculturelle. Des voix, à l'extrême-droite, ont évoqué la perspective d'un « génocide par substitution » sous le double effet de l'effondrement démographique européen et de l'afflux de populations afro-asiatiques. D'autres ont avancé que l'immigration remettait en cause l'identité française dès lors qu'en l'absence de compatibilité entre l'identité du « receveur » et celle du « donneur », la « greffe » ne pouvait pas prendre⁷. La proposition de supprimer le droit du sol ou tout au moins d'en réduire la portée pour redonner une place éminente sinon exclusive au *jus sanguinis* a été reprise à son compte à l'époque par l'ensemble de la droite pour finalement aboutir, en 1993, à une réforme du code de la nationalité sur la base du rapport remis cinq ans plus tôt par la commission de la nationalité mise en place par le président de la République⁸.

La mesure phare, proposée par la commission et adoptée par le Parlement, a consisté à supprimer l'acquisition automatique de la nationalité française à l'âge de 18 ans pour les enfants nés en France de parents étrangers, qui devaient désormais manifester leur volonté de devenir français. Malgré un plaidoyer peu convaincant, citation de Renan à l'appui, sur les bienfaits de la volonté, marque d'une « conception élective » de la nation⁹, à l'opposé de la conception

⁵ La perte de la nationalité française peut toutefois être constatée par jugement à l'égard d'une personne française d'origine par filiation qui n'a pas la possession d'état de Français, n'a jamais eu de résidence habituelle en France et dont les parents étaient dans la même situation depuis plus d'un demi-siècle (art. 23-6 et 30-3 du code civil). Cette procédure de « désuétude », très rarement appliquée jusqu'à une date récente, est devenue ces dernières années un obstacle opposé aux personnes originaires d'Algérie et d'Afrique sub-saharienne. Voir Barbara Clauss et Stéphanie Calvo, « Désuète désuétude ? Actualité du droit de la nationalité française ou comment l'article 30-3 du Code civil s'invite dans le tortueux débat sur l'identité nationale. », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 octobre 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4822> ; DOI : 10.4000/revdh.4822

⁶ Danièle Lochak, « La race, le sang, le droit. La place de la filiation et du mariage dans la définition des catégories du droit antisémite », *Droits*, 2021/1, n° 73, pp. 39-60.

⁷ Danièle Lochak, « Usages et mésusages d'une notion polémique. La référence à l'identité nationale dans le débat sur la réforme du code de la nationalité, 1985-1993 », in *L'identité politique*, CURAPP-PUF, 1994, pp. 305-323

⁸ Installée en juin 1987 par Jacques Chirac et présidée par Marceau Long, elle rend en 1988 un rapport intitulé *Être français aujourd'hui et demain* (La documentation française, 1988).

⁹ De Renan a été retenue la phrase la plus célèbre : « La nation est un plébiscite de tous les jours ». Mais Renan écrit aussi que ce qui constitue la nation, c'est « la possession en commun d'un riche legs de souvenirs » et que « le culte des ancêtres est de tous le plus légitime » (*Qu'est-ce qu'une nation ?* 1882).

« ethnique » ou « organique » allemande utilisée ici habilement comme repoussoir, la réforme revenait bien à entériner une conception biologique de la nation : elle instaurait en effet une démarcation claire entre les Français « par le sang » et les autres ; elle signifiait que la naissance en France, même complétée par la résidence, ne suffisait pas à faire de vrais Français et que l'identité nationale se transmettait plus sûrement par les gènes que par l'école de la République et le simple fait du « vivre ensemble ».

Si le système antérieur a été rétabli, quoique non intégralement¹⁰, en 1998, la controverse n'est pas éteinte et une partie de la classe politique n'a pas renoncé à remettre en cause le droit du sol¹¹, comme l'attestent les déclarations récurrentes en ce sens. Les uns entendent ainsi protéger « l'identité de la France », les autres, plus pragmatiques, craignent simplement de faciliter l'accès au séjour *via* le droit de la nationalité, notamment en conférant aux parents d'un enfant né en France la garantie de pouvoir résider durablement sur le sol français.

B. Porosité/étanchéité de la frontière

La plus ou moins grande facilité du passage du statut d'étranger à celui de « national » dépend du degré d'ouverture ou de fermeture de la collectivité vis-à-vis de l'extérieur ; elle reflète son attitude à l'égard des étrangers de façon plus significative encore que les règles d'attribution de la nationalité *ab initio*, dans la mesure où ce passage suppose un acte positif d'acceptation de l'étranger selon une procédure de sélection formalisée. Il s'agira par exemple de vérifier que l'individu ne présente pas des caractéristiques (ethniques, culturelles, religieuses...) jugées incompatibles avec les autres membres du groupe, qu'il partage avec eux une communauté de valeurs ou d'intérêts, ou encore, plus prosaïquement, que son intégration est susceptible de comporter des avantages pour la communauté nationale.

Quelle sélection pour quel modèle d'intégration ?

Les critères de sélection sont étroitement liés à la conception que l'on a de l'intégration des étrangers au regard du lien de citoyenneté. On peut appréhender ces conceptions à travers quelques modèles idéal-typiques dégagés notamment par la théorie politique états-unienne¹².

Dans l'optique « libérale », la seule exigence imposée aux résidents étrangers qui postulent à la naturalisation est de respecter les lois du pays d'accueil. Si la durée de résidence est prise en compte c'est parce qu'elle a permis la formation de liens durables avec la société d'installation, qui seront simplement officialisés par la naturalisation.

À l'opposé, la conception « communautarienne », inspirée d'une vision ethnoculturelle de la nation, dans laquelle la solidarité entre les citoyens découle d'un attachement à une tradition, une identité, voire une ascendance communes, subordonne l'entrée dans la communauté nationale à de strictes conditions d'allégeance et d'assimilation culturelle.

À mi-chemin, la conception « républicaine », qui met l'accent sur le respect d'un certain nombre de valeurs communes, peut osciller entre une version proche de l'argumentaire libéral ou au contraire une version plus proche du modèle communautarien selon le contenu qu'on

¹⁰ Ainsi, la possibilité pour les parents de réclamer la nationalité française pour leurs enfants nés en France, qui permettait d'anticiper l'acquisition automatique à la majorité, n'a été rétablie que partiellement : la réclamation ne peut intervenir que lorsque l'enfant a atteint l'âge de treize ans et non plus dès la naissance au motif qu'on peut juger de l'intégration d'un enfant de treize ans, mais non de celle d'un enfant en bas âge.

¹¹ Mayotte a été visée en premier : depuis l'entrée en vigueur de la loi Collomb du 10 septembre 2018, il est exigé, pour les enfants nés à Mayotte, que l'un de ses parents ait, au jour de sa naissance, été présent de manière régulière sur le territoire national depuis plus de trois mois.

¹² On trouve une description synthétique de ces argumentaires qui fondent le lien de citoyenneté dans Emilien Fargues, *Exclu-es de la naturalisation ? Une analyse des frontières de la « communauté nationale » en France et au Royaume-Uni*, Thèse IEP, 2019, notamment pp. 33-41.

donne à ces valeurs communes et la façon dont on teste l'adhésion à ces valeurs, comme le montre le cas de la France, examiné plus loin.

Pour la vision libertarienne ou néo-libérale, enfin, le seul et unique critère est celui de l'intérêt que présente l'admission au statut de citoyen pour la société d'installation. L'hypothèse est illustrée de façon paroxystique par les programmes dits de « visas [ou passeports] dorés » : ils offrent un accès accéléré et facilité non seulement à la résidence mais aussi à la nationalité en échange d'un investissement substantiel dans l'économie du pays. Malte, Chypre, mais aussi l'Espagne, le Portugal et le Royaume-Uni, pour citer les cas les plus emblématiques, ont développé de tels programmes¹³. Le Parlement européen s'en est ému : dans une résolution de 2014 il a exprimé la crainte que ces programmes impliquant « *la vente pure et simple, directe ou indirecte* » ne sapent la notion même de citoyenneté de l'Union qui suppose l'existence d'un intérêt dans l'Union et « *ne devrait jamais devenir une marchandise comme une autre* »¹⁴.

France : des multiples facettes du mérite à l'injonction d'assimilation

On peut tester la pertinence de cette modélisation à partir de l'exemple de la France. D'après les textes, la naturalisation est subordonnée à une condition de stage, c'est-à-dire une durée préalable de résidence en France, à une condition de moralité (il faut être « *de bonnes vie et mœurs* » et ne pas avoir fait l'objet de condamnations pénales pour des crimes ou certains types de délits) et à une condition d'« *assimilation à la communauté française* ». Les deux premières conditions semblent compatibles avec une vision libérale de l'appartenance, la troisième s'en écarte – sachant que la notion d'assimilation est susceptible d'une gradation d'interprétations, allant de la capacité à s'exprimer en français, condition pour pouvoir participer à la vie collective, jusqu'à l'imposition de normes de comportement beaucoup plus contraignantes.

Mais la condition de résidence elle-même recouvre un ensemble d'éléments qui vont bien au-delà du simple constat d'une résidence durable et régulière : la notion de « domicile de nationalité », dégagée par la jurisprudence, suppose que l'intéressé ait fixé en France « *le centre de ses liens familiaux et de ses intérêts matériels* ». Concrètement, sous couvert de ce qui se présente comme une simple condition « de stage », on exige du postulant qu'il dispose de revenus personnels et stables, dont la source est localisée en France, qui lui permettent de subvenir à ses besoins, et qu'il ait en France la totalité de ses proches attaches familiales. À travers et au-delà de l'ancrage territorial, c'est donc en réalité une forme d'intégration socio-économique qui est visée, l'objectif étant aussi de s'assurer, de façon plus terre-à-terre, que le nouveau venu ne sera une charge pour la collectivité.

En sens inverse, les dispositions qui prévoient la modulation de la durée du stage reflètent une conception sinon libertarienne, du moins utilitariste de l'appartenance : normalement de cinq ans, la durée du stage est réduite à deux ans pour celui « *qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France* » ou encore « *qui présente un parcours exceptionnel d'intégration, apprécié au regard des activités menées ou des actions accomplies dans les domaines civique, scientifique, économique, culturel ou sportif* » (art. 21-18 du code civil)¹⁵. La condition de stage est même supprimée pour l'étranger « *qui a rendu*

¹³ Le coût d'un passeport ou « visa doré » varie selon le pays, de 250 000 euros pour un visa grec ou letton à 2 millions et plus pour un passeport chypriote ou un visa britannique. La vente de passeports a rapporté 4,8 milliards d'euros à Chypre depuis 2013 et 718 millions d'euros à Malte depuis 2014. De 2013 à 2020, Nicosie a développé une politique permettant à ceux qui investissent dans l'immobilier plus de 2,5 millions d'euros d'obtenir la nationalité chypriote. Quelque 4 000 passeports ont ainsi été délivrés. Plus de 1 000 ressortissants russes en ont bénéficié, dont au moins neuf oligarques possédant chacun une fortune de plus de 1 milliard d'euros (*Le Monde*, 11 mars 2022).

¹⁴ Résolution du Parlement européen du 16 janvier 2014 sur la vente de la citoyenneté européenne, 2013/2995(RSP). Voir aussi Laure Brillaud, « L'Europe se vend aux plus offrants », *Plein droit*, 2019/4, n° 123

¹⁵ Une circulaire du 14 septembre 2020 a recommandé de réserver un traitement accéléré et facilité aux dossiers de naturalisation déposés par les personnes qui avaient « *activement participé à l'effort national, avec dévouement*

des services exceptionnels à la France ou dont la naturalisation présente pour la France un intérêt exceptionnel » (art. 21-19). La nationalité française peut encore être conférée « *à tout étranger francophone qui en fait la demande et qui contribue par son action éminente au rayonnement de la France et à la prospérité de ses relations économiques internationales* » art. 21-21).

Des avantages matériels on passe à des services plus symboliques qui éloignent de la conception utilitariste. Ainsi, est également dispensé de stage celui qui accomplit des services militaires dans l'armée française ; mais surtout, une réforme introduite en 1999¹⁶ prévoit que la nationalité française est conférée sur sa demande, donc de plein droit, « *à tout étranger engagé dans les armées françaises qui a été blessé en mission au cours ou à l'occasion d'un engagement opérationnel* » (art. 21-14-1). Si, comme le relevait le rapporteur de la proposition de loi, « *il n'est bien entendu pas possible de demander à tous les candidats à la nationalité française de verser leur sang pour la France* », cette disposition « *a valeur d'exemple pour tous les candidats à la naturalisation, auxquels il est bon de rappeler qu'être Français, ce n'est pas seulement des droits, mais aussi des devoirs* ». Et la ministre de la justice de l'époque d'appuyer : « *Verser son sang au service de la France est la marque suprême de l'adhésion aux valeurs républicaines qui fondent notre pays* ».

C'est cette adhésion qui est précisément devenue aujourd'hui un des éléments d'appréciation de la condition d'assimilation. En dépit de son caractère flou, la notion occupe depuis longtemps une place centrale dans le droit de la nationalité¹⁷. Le terme est apparu dans les circulaires administratives puis dans les formulaires de naturalisation à partir des années 1930, préconisant de vérifier le « degré d'assimilation » du postulant « *aux mœurs et aux usages de la France* » et sa connaissance de la langue française. L'ordonnance du 19 octobre 1945 sur la nationalité française en fait officiellement une condition de la naturalisation : « *Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie pas de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française* ». Pendant de nombreuses années, le critère de l'assimilation est donc resté principalement linguistique. Mais les exigences se sont renforcées au fil des réformes intervenues depuis une vingtaine d'années.

Pour remplir la condition d'assimilation le postulant doit aujourd'hui justifier de sa connaissance non plus seulement de la langue française – dont la vérification se fait désormais par la production d'un diplôme ou d'une attestation, ce qui relève mécaniquement le niveau d'exigence – mais également « *de l'histoire, de la culture et de la société françaises [...] et des droits et devoirs conférés par la nationalité française* ». Il doit aussi « *justifier de son adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République* » (art. 21-24). Car un candidat à la nationalité française ne peut ignorer « *ni l'héritage commun, ni les institutions de la Nation, ni les valeurs du peuple qu'il entend rejoindre* »¹⁸.

On le sait, les critères ainsi posés visent en priorité les personnes de culture ou de religion musulmane, soupçonnées de ne pas adhérer à ces valeurs et dont le comportement, faute de pouvoir sonder les reins et les cœurs, est scruté à la loupe. Le soupçon est systématique face à une femme qui porte le foulard¹⁹ ; il justifie des interrogatoires intrusifs, lors des entretiens dits

et courage », à la lutte contre la pandémie du Covid-19, en rappelant cette possibilité de réduction de la durée du stage de cinq à deux ans.

¹⁶ Loi du 29 décembre 1999 « *modifiant les conditions d'acquisition de la nationalité française par les militaires étrangers servant dans l'armée française* », qui introduit un article 21-14-1 dans le code civil.

¹⁷ Voir Abdellali Hajjat, *Les frontières de l' "identité nationale". L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La Découverte, 2012.

¹⁸ Circulaire du ministre de l'intérieur du 16 octobre 2012 relative à la procédure d'accès à la nationalité française (n° NOR INT K 12 07286 C).

¹⁹ La circulaire du 24 août 2011 relative au contrôle de la condition d'assimilation dans les procédures d'accès à la nationalité française (n° NOR IOCN1114306C) rappelle que le port du voile ou d'un vêtement traditionnel qui manifeste la volonté de respecter des préceptes religieux n'est pas suffisant pour constituer le défaut d'assimilation.

d'assimilation²⁰, dans la vie privée des intéressés pour vérifier que leurs comportements et leur mode de vie ne sont pas incompatibles avec les « *valeurs de la société française et notamment le principe d'égalité* »²¹.

La nationalité française a certes toujours été une faveur qui se mérite, à mille lieues de la vision libérale qui impliquerait la possibilité pour toute personne qui vit en France depuis un certain nombre d'années d'officialiser une appartenance qui existe déjà dans les faits. Mais les critères d'appréciation du « mérite » se sont transformés. Ils traduisent une méfiance accrue envers la population étrangère, présentée comme un risque de corruption des « valeurs de la République », mais aussi, plus crûment, d'atteinte à l'homogénéité ethnoculturelle de la nation. On a bien affaire ici à une conception communautarienne de l'appartenance qui conditionne « *la possession pleine et entière du statut de membre de la "communauté" à la préservation de ce qu'elle perçoit comme les fondements de son identité* »²².

2/ Les enjeux de l'appartenance : nous d'abord, nous seulement

L'enjeu de l'appartenance au groupe n'est pas seulement symbolique : elle conditionne l'accès à un ensemble de biens et d'avantages dont le groupe entend réserver l'exclusivité à ses membres. Après avoir fixé en amont les critères qui conditionnent l'appartenance au groupe, le droit énumère en aval les droits et prérogatives auxquels ses membres peuvent prétendre. Se pose alors la question de savoir jusqu'à quel point et « de quel droit » un État peut légitimement réserver à ses nationaux la jouissance de ces biens et avantages et en priver tous ceux qui résident sur son territoire sans en avoir la nationalité. Mais aussi : jusqu'à quel point et « de quel droit » il peut interdire l'accès de son territoire aux migrants poussés hors de chez eux qui tentent d'y pénétrer et utiliser tous les moyens pour les maintenir à distance de ses frontières.

A. « Nous d'abord » : des droits toujours précaires

N'étant pas membre du groupe, l'étranger ne jouit au départ d'aucune autre protection que celle que le groupe consent à lui accorder ; il est là provisoirement, en tout cas pour une durée dont il n'est pas maître. S'il n'est plus le paria sans droits qu'il a été à certaines époques, s'il n'est plus, en général, menacé dans sa vie et dans ses biens dans le pays où il réside, il y est néanmoins toujours en sursis : n'étant pas chez lui, il n'a en effet le droit de séjourner sur le territoire du pays d'accueil qu'en vertu d'une autorisation par essence précaire et révoquant.

Certes, on ne saurait minimiser la portée du changement capital intervenu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale : la Charte des Nations Unies assigne à la communauté internationale la mission de favoriser « *le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous* » et les États se sont engagés en y adhérant « *à agir tant conjointement que séparément en coopération* » en vue d'atteindre ce but. La *summa divisio* traditionnelle entre le national et l'étranger doit logiquement céder devant la reconnaissance des droits de tout

Mais, poursuit-elle, il en va différemment s'il apparaît que cet aspect du comportement « *s'inscrit dans un mode de vie nettement et objectivement incompatible avec les valeurs essentielles de la République* ». Ce qui justifie les questionnements intrusifs dans la vie privée des candidats et candidates.

²⁰ Sur ces entretiens, voir par exemple Abdellali Hajjat, *op. cit.* et Emilien Fargues, thèse précitée, notamment pp. 272-300.

²¹ Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000, qui préconise de noter « *le comportement du postulant à l'égard de son épouse et de ses enfants, s'il manifeste l'observance d'us et coutumes en contradiction avec les valeurs de la société française et, notamment, le principe d'égalité* ». La circulaire du 24 août 2011 rappelle de même qu'« *au rang des valeurs essentielles de la République française figure le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes. Par conséquent, l'adoption au quotidien d'attitudes discriminatoires vis-à-vis des femmes, telles que le refus de leur serrer la main, révèle un défaut d'assimilation* ».

²² Emilien Fargue, thèse précitée, p. 301-303.

être humain sur une base universelle, reconnaissance à laquelle, depuis 1948, une multiplicité de conventions internationales sont venues donner corps.

Ainsi, alors que, pendant longtemps, il a paru naturel de priver les étrangers des droits reconnus aux nationaux, sans que ni le législateur, ni le juge, ni la doctrine ne se préoccupent de justifier les innombrables restrictions apportées à ces droits, on a pris peu à peu conscience de ce qu'on ne pouvait pas refuser aux étrangers la jouissance de droits proclamés comme universels. Cette prise de conscience relativement récente – on peut la faire remonter à la fin des années 1970 – a été favorisée par l'intensification des contrôles internationaux, notamment celui de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les différences de traitement, ici comme ailleurs, doivent donc avoir un « *justification objective et raisonnable* ». Si les étrangers restent exclus des droits liés à la citoyenneté – notion conçue de façon plus ou moins extensive selon les pays –, leur statut s'est rapproché de celui des nationaux dans un nombre croissant de domaines.

Mais si, théoriquement, la qualité d'étranger ne justifie plus par elle-même d'être privé de l'exercice de droits aussi fondamentaux que la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté, le droit au respect de la vie privée et familiale, ou même le droit de travailler, force est de constater qu'il ne peut jamais exercer aussi pleinement ces droits que le national parce que leur exercice est entravé par la précarité de son droit au séjour.

Or la situation s'est à cet égard dégradée : les politiques migratoires menées depuis le milieu de années 1970 par les pays occidentaux ont empêché l'évolution favorable décrite ci-dessus de produire ses effets. La dimension essentiellement répressive de ces politiques, qui se manifeste par l'accroissement des pouvoirs de surveillance et de contrainte et la généralisation de l'enfermement, d'un côté, la précarisation du droit au séjour, de l'autre, ont conduit à restreindre et même parfois à priver de toute effectivité l'exercice des droits prétendument fondamentaux.

La différence de traitement entre « nous » et « les autres », qui avait eu tendance à s'estomper, se trouve ainsi rétablie plus vigoureusement que jamais.

B. « Nous seulement » : la fermeture des frontières

Le tableau se noircit encore lorsqu'on s'attache non plus seulement au sort des étrangers installés sur le territoire d'un État : les « immigrés », mais à celui des « migrants » maintenus de force hors des frontières.

Au regard des conventions internationales, y compris des conventions protectrices des droits de l'homme, aucun État n'est tenu d'accepter l'entrée et la présence sur son territoire d'un individu qui n'est pas son national. La Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé à plusieurs reprises que ni la Convention ni le Protocole n° 4 ne garantissaient en soi le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays déterminé. Chaque arrêt pose comme prémisse la souveraineté de l'État, indiquant que « *les États contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire* ». La souveraineté des États joue même lorsqu'est en cause le droit d'asile : la Déclaration universelle de 1948 proclame que « *devant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* » (art. 14), mais elle ne reconnaît pas un véritable droit à l'asile puisque chaque État reste maître de décider souverainement s'il entend ou non accepter sur son territoire l'étranger qui réclame protection. La Convention de Genève n'oblige pas non plus les États à accueillir le réfugié sur leur territoire, se bornant à énoncer un principe de non-refoulement qui interdit de le renvoyer vers son pays d'origine ou tout autre pays où il serait en danger. Les États ont ainsi trouvé différentes parades pour contourner les obligations qu'ils ont souscrites : par exemple en déclarant « sûrs » les pays vers lesquels ils renvoient les demandeurs d'asile, ou encore en tenant ceux-ci à distance de leurs frontières grâce à différents dispositifs

d'externalisation qui visent à délocaliser dans les pays tiers les procédures d'examen des demandes d'asile ou même la protection des réfugiés.

Le pouvoir discrétionnaire des États de contrôler leurs frontières n'est toutefois pas illimité. Car les prérogatives souveraines des États trouvent leur limite dans les principes et les règles du droit international – parmi lesquels figure, on l'a rappelé plus haut, la reconnaissance des droits fondamentaux sur une base universelle, incluant donc les étrangers comme les nationaux.

Par conséquent, si aucun texte international n'oblige explicitement un État à laisser entrer et résider sur leur territoire quiconque n'est pas son ressortissant, les restrictions apportées à la liberté de circulation transfrontières ne sauraient aboutir à priver d'effet ces droits fondamentaux, sauf à violer les principes du droit international. C'est pourtant, à l'évidence, le spectacle qui se déroule quotidiennement sous nos yeux. Sont en effet sacrifiés aux politiques de fermeture des frontières, au-delà même du droit de vivre en famille, de travailler, de se soigner, des droits aussi absolus – et pour certains qualifiés d'« indérogeables » – que le droit de quitter son pays, le droit de ne pas être enfermé arbitrairement, le droit d'asile, le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants et finalement le droit à la vie.

L'appartenance à la « cité universelle » seule garante de l'universalité des droits de l'homme ?

Se dessine ainsi l'image – bien réelle ! – d'un monde partagé en deux humanités : d'un côté ceux et celles qui ont eu la chance de naître là où la démocratie est stabilisée, où les gens vivent en paix, mangent à leur faim, sont soignés et peuvent se déplacer librement sur l'ensemble de la planète ; de l'autre, ceux et celles qui, nés dans des pays où règnent la terreur ou la misère, sont assignés à résidence, se voient dénier la liberté de circuler et ne peuvent se déplacer qu'en risquant leur intégrité physique et leur vie.

Ces violations graves et massives des droits de l'Homme peuvent-elles vraiment être considérées comme la contrepartie, certes regrettable mais inéluctable, du droit des États de contrôler leurs frontières et de ce qu'ils ne sont tenus d'accorder protection qu'à leurs citoyens ?

N'est-il pas « *injuste que des circonstances arbitraires (être né d'un côté ou de l'autre d'une frontière) produisent des inégalités aussi massives* »²³ ? On a pu à cet égard comparer la citoyenneté à « *un équivalent moderne du privilège féodal : un statut héréditaire qui accroît considérablement les possibilités de vie d'une personne* » distribué à la loterie de la naissance et protégé par des frontières²⁴. De fait, les privilèges du citoyen confortent des discriminations insupportables entre les citoyens des pays riches et ceux des pays pauvres, en contradiction avec le principe qui devrait prévaloir de l'égalité morale entre tous les habitants de la planète²⁵.

Peut-on alors se figurer, dans une perspective cosmopolitique, une cité universelle dans laquelle chacun aurait des droits liés à son appartenance au monde et dont l'exercice ne saurait être limité par la souveraineté des États ?

En attendant la réalisation de la citoyenneté universelle, on peut imaginer, plus modestement, tout en maintenant l'existence des communautés nationales, et donc la distinction entre ceux qui en sont membres et les autres, d'en ouvrir l'accès à tous ceux qui souhaitent les rejoindre : ouvrir les frontières symboliques, rendre moins étanches les frontières juridiques, à défaut d'ouvrir les frontières physiques.

²³ Benjamin Boudou, *Le dilemme des frontières. Éthique et politique de l'immigration*, Éditions EHESS, 2018, p. 196.

²⁴ Joseph Carens, « Étrangers et citoyens : un plaidoyer en faveur de l'ouverture des frontières », *Raisons politiques*, 2007/2, n° 26.

²⁵ Alain Policar, *Comment peut-on être cosmopolite ?* Ed. Le Bord de l'Eau, 2018, p. 25-26