



HAL
open science

Femmes et nationalité : une longue histoire de discriminations

Étienne Pataut

► **To cite this version:**

Étienne Pataut. Femmes et nationalité : une longue histoire de discriminations. Jérémy Houssier; Maïté Saulier. Les femmes et le droit. Les discriminations invisibles, Dalloz, 2024, 9782247230655. halshs-04434853

HAL Id: halshs-04434853

<https://shs.hal.science/halshs-04434853>

Submitted on 2 Feb 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.

Femmes et nationalité : une longue histoire de discrimination

Etienne Pataut

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

Parler de discrimination et de nationalité peut sembler presque redondant tant les deux termes vont naturellement l'un avec l'autre. Vue d'un État en particulier, la nationalité, en effet, est par nature un élément sinon de discrimination, en tout cas de distinction entre deux groupes de population : ceux qui la possèdent et tous les autres. Elle est un Janus, dieu à deux visages des commencements et des fins, qui permet à la fois d'inclure ceux qui font partie du groupe et d'exclure ceux qui n'en font pas partie. A ce titre, la nationalité est parfois considérée comme intrinsèquement discriminatoire, permettant d'accéder à des privilèges d'autant plus injustifiés que, pour une immense partie de la population mondiale, la nationalité est simplement attribuée à la naissance par la grâce hasardeuse de la filiation ou du lieu de naissance ¹. Il faudrait donc se débarrasser de cet encombrante source de discrimination, comme on a pu se débarrasser des privilèges de l'aristocratie.

En attendant une hypothétique nuit du 4 août de la nationalité, toutefois, il est permis d'être plus modeste et de s'interroger sur deux ensembles de questions qui entretiennent des liens étroits avec les discriminations en général, et les discriminations entre hommes et femmes en particulier.

Le premier ensemble, le plus classique, est celui des droits auxquels permet d'accéder la nationalité. Les nationaux bénéficient en effet de droits dont ne bénéficient pas les étrangers. Mais à l'intérieur même du statut, la nationalité ne suffit parfois pas à jouir de la plénitude des droits : la colonisation et ses multiples statuts a su montrer qu'il était parfaitement possible de distinguer au sein même de la population française différents groupes auxquels des droits différents étaient conférés. Cette question de l'accès au droit par la nationalité est incontestablement riche de réflexions sur les discriminations, dans le cadre colonial, bien sûr, mais aussi en raison des discriminations à l'égard des femmes. L'histoire est suffisamment connue pour que l'on ne s'y arrête guère, mais l'on sait que, pendant un long moment de l'histoire de France, être française ne permettait nullement de jouir des droits à l'universalité pourtant proclamée, au premier rang desquels le droit de vote. Une position d'ailleurs largement partagée, la Cour suprême des États-Unis, dans la célèbre affaire *Minor v. Happersett* ayant opposé à Mme Minor, qui affirmait que sa qualité de citoyenne des États-Unis devait lui garantir l'accès au vote, qu'il fallait comprendre l'idée de citoyenneté uniquement comme l'appartenance à une nation particulière, rien de plus². Aucun droit ne découlait donc automatiquement de la nationalité, ni en France, ni aux États-Unis ni dans la

¹ D. Kochenov, *Citizenship*, MIT press, 2019.

² Citizenship "is understood as conveying the idea of membership of a nation, and nothing more" : US SC, *Minor v. Happersett*, 88 US 162 (1874), Cité par L. Volpp, "'Feminist, Sexual, and Queer Citizenship'." In : A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, and M. Vink (dir.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford UP, 2017, 153–177, spec. p. 155. Adde Rogers Smith, *Civic Ideals : conflicting views of citizenship in US History*, Yale UP, 1999, spec. p. 341

plupart des États du monde et les femmes pouvaient donc être à la fois Françaises et privées de nombreux droits.

Le second ensemble, lui aussi bien connu et auquel on se limitera dans le cadre de la présente communication, est celui de l'accès même au statut de national. Les différents droits de la nationalité de par le monde retiennent en effet des critères différents pour octroyer la nationalité à une personne. La naissance, la résidence, la filiation, le mariage, la naturalisation, l'appartenance ethnique ou culturelle : autant de critères qui se combinent pour permettre de donner (ou de refuser) la nationalité étatique à une personne. Mais tous ces critères sont susceptibles de cacher, plus ou moins directement, des discriminations. A cet égard, l'exemple des femmes est particulièrement significatif. Pendant une longue période, en effet, le droit de la nationalité distinguait nettement en fonction du sexe. Un ensemble de règles ont ainsi échafaudé des régimes juridiques différents d'acquisition, de perte et de transmission de la nationalité fondé sur la distinction entre les hommes et les femmes. Ces règles, pour l'essentiel, ont aujourd'hui disparu, en tout cas en Europe, mais elles n'en continuent pas moins de produire des effets de long terme qui peinent à être parfaitement canalisées.

Mais toute discrimination fondée à l'égard des femmes a-t-elle pour autant disparu ? En apparence oui, mais les discriminations invisibles, auxquelles nous invitent à réfléchir les organisateurs du présent ouvrage, n'en semblent pas moins encore bien présentes. La disparition apparente des discriminations directes (I) ne doit donc pas faire perdre de vue d'autres formes de discriminations, qui peuvent persister soit du fait d'une interprétation très restrictives des règles de conflit de lois dans le temps (II) soit du fait de la persistance de biais de genre qui tendent à montrer que la situation des femmes demeure, à certains égards, différente et moins favorable en matière de nationalité (III).

I. La disparition : les discriminations directes en Europe

En droit de la nationalité, les discriminations directes dont peuvent être l'objet les femmes sont très variées, mais elles tournent le plus souvent autour de la même idée : celle selon laquelle la femme, avant d'être une personne juridique autonome, est avant tout le membre d'une famille et, à ce titre, inféodée au chef de famille que serait son mari. Cette idée se traduit par des règles très précises et techniques concernant la nationalité qui montrent à quel point les femmes ont été longtemps des sujets ancillaires du droit de la nationalité.

A. Une certaine conception de la famille : la princesse de Bauffremont

Le droit de la nationalité, en effet a longtemps reflété une certaine conception de la famille, laquelle était, aux yeux de nos critères contemporains, fondamentalement discriminatoire. Les exemples sont innombrables, tant cette conception familiale, toute entière orientée autour de la puissance paternelle a structuré le droit français de la famille³. Cette conception se retrouvait dans le droit de la nationalité, et ces liens entre nationalité et conception inégalitaire de la famille n'ont peut-être jamais été aussi clairement et brutalement mis en lumière que dans le très célèbre arrêt *Princesse de Bauffremont*⁴. Cet arrêt, que tous les

³ AM. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, 2022, pp. 219 et s.

⁴ Cass, 18 mars 1878, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2066, n°6, p. 47.

étudiants de droit international privé connaissent, est fameux pour avoir fondé la théorie de la fraude à la loi, il s'agissait pourtant aussi d'un arrêt de droit de la nationalité.

Il concernait une femme belge d'origine, mais devenue française par son mariage avec un Français, qui souhaitait divorcer de son mari dont elle était séparée de corps, pour en épouser un autre. La loi française étant à l'époque prohibitive du divorce, elle partit s'installer brièvement dans un duché allemand, Saxe Altenbourg, où elle se fit naturaliser. La loi de sa nouvelle nationalité considérait comme divorcés les catholiques séparés de corps, elle se remaria donc. Mais le premier mari agit alors en France pour faire déclarer que lui étaient inopposables la naturalisation et le nouveau mariage.

Telle est bien en effet la solution, affirmée froidement par la Cour d'appel selon laquelle « sans autorisation du mari, l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère était impropre à libérer la Princesse de l'allégeance française et donc des contraintes de la loi française ». Difficile de traduire plus clairement les liens entre puissance maritale et appartenance nationale.

La Cour de cassation fut plus subtile et plaça la discussion sur le terrain de la fraude à la loi : « eut-elle été autorisée par son mari, la demanderesse ne pouvait être admise à invoquer la loi de l'État où elle aurait obtenu une nationalité nouvelle, à la faveur de laquelle, transformant sa condition de femme séparée en celle de femme divorcée, elle se soustrairait à la loi française, qui, seule, règle les effets du mariage de ses nationaux, et en déclare le lien indestructible ».

Dans les deux cas, l'enjeu du litige était bien le même : faire déclarer inopposable à tous (et en particulier au premier mari) et donc sans effet, la naturalisation, puis la dissolution du mariage ; et dans les deux cas, la solution passait par la recherche de l'efficacité d'une naturalisation volontairement recherchée et obtenue par une femme, à l'encontre d'un changement de nationalité imposé à elle du simple fait de son mariage avec un Français, sans qu'il soit d'ailleurs à aucun moment question de sa nationalité d'origine. A nouveau, et en dépit de la plus grande prudence de la Cour de cassation, la solution illustre bien la philosophie générale de subordination des femmes à leur condition maritale et ses conséquences sur son appartenance nationale.

Plus techniquement, cette subordination se traduisait par deux séries de règles, l'une sur l'influence du mariage sur la nationalité, l'autre sur la transmission de la nationalité par les femmes.

B. Nationalité de la femme mariée

La première, sans doute la plus importante et en tout cas la plus universellement connue était le fait qu'avec son mariage, la femme perdait sa nationalité et acquérait automatiquement celle de son mari⁵. Rappelons que la princesse de Bauffremont, au départ, était belge. Cette solution était en France inscrite dans le Code civil dès 1804 (articles 12 et 19) et a été maintenue jusqu'en 1927. Il en résultait donc qu'une étrangère qui épousait un Français devenait française et qu'une Française qui épousait un étranger perdait sa nationalité

⁵ Sur l'ensemble de ce débat, qui dépasse les frontières de l'Europe, v. L. Guerry, « La nationalité des femmes mariées sur la scène internationale (1918-1935) », *Clio – Femmes, genre, histoire*, 2016/1 (n° 43), p. 73 et s.

française⁶. La solution, qui était très largement répandue dans le monde⁷, véhiculait une philosophie globale qui était très cohérente avec le conflit de lois : la famille était d'abord et avant tout la famille légitime, gouvernée par une seule nationalité, celle du mari et une seule loi, celle de la nationalité de celui-ci⁸.

Progressivement, les choses ont changé, en France et dans le monde. En France, la loi du 10 août 1927 a commencé à distinguer : l'étrangère épousant un Français n'acquerrait la nationalité française qu'à sa demande ou si son pays d'origine lui faisait perdre sa nationalité du fait de son mariage ; la Française épousant un étranger conservait sa nationalité française, sauf volonté contraire ou, en cas de fixation du domicile conjugal hors de France, acquisition de la nationalité du mari. Après quelques péripéties, le coup de grâce est ensuite venu de la loi du 9 janvier 1973 : l'égalité des sexes est désormais de rigueur et le mariage exerce les mêmes effets sur la nationalité à l'égard de la femme et du mari. La solution est désormais très claire et affirmée dans l'actuel article 21-1 du Code civil : le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité. Il est un mode d'acquisition de la nationalité, mais non automatique et, surtout, égalitaire.

Ce mouvement est bien sûr mondial. La Convention des Nations-Unies sur la nationalité de la femme mariée de 1957 (en vigueur dans 75 États, mais pas en France) tente justement de limiter les effets automatiques de perte ou d'acquisition de nationalité du fait du mariage. Plus largement, la Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, en vigueur dans 189 États, y compris en France, prévoit à son article 9 §1 que :

« Les États parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari. »

En Europe, la Convention Européenne sur la nationalité de 1997 en vigueur dans 21 pays (mais pas en France) pose elle aussi un principe général de non-discrimination en matière de nationalité dans son article 5.

Surtout, en Europe, depuis l'arrêt *Genovese c. Malte*⁹, la Cour européenne des droits de l'homme accepte, même si c'est avec une grande prudence, d'étendre son contrôle à la nationalité étatique¹⁰ en prenant notamment appui sur les articles 8 (vie privée et familiale) et 14 (non-discrimination) de la Convention¹¹. Les règles de perte automatique de nationalité applicables uniquement aux femmes mariées ont donc progressivement disparu en Europe ;

⁶ En tout cas si le droit de la nationalité étrangère lui conférait cette nationalité. Pour le détail, v. P. Lagarde, *La nationalité française*, Dalloz 2011, pp. 252 et s.

⁷ Secrétariat Général des Nations Unies, *Nationalité de la femme mariée*, E/CN, 6/254, 1954.

⁸ Sur ce point, v. la thèse classique de I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977.

⁹ CEDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, n° 53124/09.

¹⁰ F. Marchadier, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP*, 2012, 61.

¹¹ V. part. J.-P. Marguénaud, « La nationalité et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », in : A Dionisy-Peyrusse et al. (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 20 ; P. Ducoulombier, « Le droit à la nationalité devant les organes régionaux et universels de protection des droits de l'homme », in : B. Bertrand et al. (dir.), *La nationalité au carrefour des droits*, PUR, 2019, p. 137.

la situation est plus contrastée hors d'Europe, où de substantielles discriminations subsistent¹².

C. Transmission de la nationalité

Le deuxième groupe de règles, encore très vivant pour sa part, est constitué de l'ensemble des dispositions qui interdisent ou limitent la possibilité pour les femmes de transmettre leur nationalité. Cette série de règles se combine fréquemment avec d'autres considérations relatives au statut matrimonial : une femme transmettra ou pas sa nationalité, selon qu'elle est ou pas mariée. La plus commune de ces règles est celle qui interdit aux mères célibataires de transmettre leur nationalité à leur enfant. Mais on trouvait aussi, notamment en droit Français, des règles qui distinguaient aussi, même pour les enfants légitimes, en fonction du lieu de naissance¹³.

D'autres règles sont parfois plus étonnantes, ainsi par exemple du droit maltais qui était en cause dans l'affaire *Genovese* : celui-ci 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 et croisait donc discrimination à raison du sexe (même si, en l'occurrence, elle n'était pas spécifiquement défavorable aux femmes) et discrimination à raison de la naissance. Cette double discrimination a aujourd'hui disparu en Europe.

Progressivement, donc, les discriminations directes à l'égard des femmes en matière de nationalité, qui pouvaient avoir des conséquences dramatiques¹⁴, ont disparu en Europe et en France en particulier. La situation privilégiée ne doit toutefois pas faire oublier que celles-ci, quoiqu'en déclin¹⁵, restent vivaces dans certaines parties du monde, et peuvent avoir des conséquences particulièrement graves, notamment en matière d'apatridie. Le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies a ainsi attiré l'attention sur les risques que faisaient peser sur les enfants de telles règles discriminatoires¹⁶. Plus récemment, une campagne a été menée en Irak, où les enfants nés hors mariage ne peuvent obtenir la

¹² V. les exemples donnés par D. Kochenov, *Citizenship, précité*, pp. 88 et s ; pour une présentation des différentes lois du monde en la matière, v. l'indispensable outil de travail que constitue la base de donnée du Global Citizenship Observatory de l'Institut Universitaire Européen de Florence : <https://globalcit.eu/modes-acquisition-citizenship/>.

¹³ La loi de 1927, prévoyait ainsi que les enfants légitimes nés à l'étranger ne pouvaient prendre la nationalité française de leur mère que s'ils étaient nés en France. Cette disposition, aujourd'hui abandonnée, a fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel sur laquelle nous reviendrons *infra*, II : Cons. Const. QPC, 5 octobre 2018, n°2018-737 ; *AJ Famille*, 10 nov. 2018, 612, obs. L. Carayon ; *LEFP*, 1 nov. 2018, n°10, 7, obs. C.-A. Chassin ; *D.* 2019, 347, obs. O. Boskovic ; *LPA*, 28 nov. 2019, n°237, 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse. ; *RTD civ.*, 2019, 82, obs. A.-M. Leroyer.

¹⁴ Ainsi par exemple en Suisse où les femmes suisses et juives ont, en perdant leur nationalité, vu se dégrader brutalement leur situation, jusqu'à la déportation : Silke Margherita Redolfi, « Plus citoyennes suisse après le mariage », 2021, en ligne sur <https://blog.nationalmuseum.ch/fr/2021/07/dechue-de-la-nationalite-suisse/> (mai 2023).

¹⁵ V. Sur ce point le récent panorama de la situation dans le monde réalisé par B. Manby, « The Global State of Citizenship: Discrimination in nationality laws increasingly exceptional on the surface, but pervasive behind the scenes », en ligne : <https://globalcit.eu/the-global-state-of-citizenship-discrimination-in-nationality-laws-increasingly-exceptional-on-the-surface-but-pervasive-behind-the-scenes/> (mai 2023)

¹⁶ HCR, « Background Note on Gender Equality, Nationality Laws and Statelessness » 2014, disponible en ligne : <https://www.unhcr.org/en-in/protection/statelessness/4f5886306/background-note-gender-equality-nationality-laws-statelessness-2014.html> (Mai 2023).

nationalité de leur mère, dans le contexte particulièrement tragique des viols massifs de femmes irakiennes par des combattants étrangers inféodés à DAESH¹⁷.

Par ailleurs, bien que toutes ces règles aient progressivement disparu en Europe, le droit de la nationalité n'en est pas moins un droit qui déroule ses effets sur un temps très long, celui de la succession lente des générations. A ce titre, les dispositions discriminatoires sont fréquemment au cœur de litiges complexes, même dans les États qui ont abrogé toutes ces dispositions.

De ce fait, ces règles discriminatoires, même anciennes, continuent à poser des difficultés, dont est régulièrement saisi, en France, le Conseil constitutionnel

II. Le souvenir d'enfance : effets dans le temps des règles de nationalité

Le dilemme est aussi simple à comprendre que complexe à résoudre. Les dispositions discriminatoires sont, à nos yeux contemporains, injustifiables : fréquemment inconstitutionnelles ou contraires au droit fondamentaux, elles ne passeraient pas aujourd'hui l'examen de légalité. Il reste qu'elles ont produit des effets, notamment en empêchant la transmission la nationalité aux enfants de celles qui ont perdu leur nationalité du fait d'une règle consacrant une discrimination à raison du sexe. Dès lors, faut-il alors juger le passé au risque de l'anachronisme et refuser d'accepter les conséquences contemporaines de lois anciennes discriminatoires, au risque d'ouvrir la voie à de multiples revendications de descendants de femmes qui auraient dû ou bien conserver leur nationalité d'origine ou bien la transmettre ? Ou faut-il, au contraire, considérer que ce que le passé a défait ne peut être à nouveau remis en question, au risque, cette fois, de laisser se perpétuer des situations qui n'ont été créées qu'au prix d'une discrimination ? La question peut se poser au législateur ou au juge. Dans les deux cas, l'exemple Français montre que le choix a été celui de la stabilité au risque de la discrimination.

A. Intervention du législateur

La question de l'effet dans le temps des règles discriminatoires en matière de nationalité se pose avec vivacité dans le contexte contemporain de restriction migratoire et en particulier pour les anciens empires coloniaux, comme la France et le Royaume-Uni, qui doivent traiter de la question des descendants des peuples colonisés et de leurs multiples statuts de citoyenneté, progressivement perdus, notamment par le fait de règles discriminatoires¹⁸.

Rien ne montre mieux cette accumulation de différences de traitement que l'exemple britannique, qui a tenté récemment de réparer par voie législative une ancienne et contestable différence de traitement. C'est ainsi qu'a été créée, par la réforme du 28 avril 2022, une nouvelle voie d'accès à la nationalité britannique pour les descendants de femmes britanniques qui n'ont pas pu transmettre leur nationalité en raison de leur appartenance aux anciennes colonies britanniques. Plus précisément, sont étendues aux territoires ultramarins

¹⁷ <https://www.iraqicivilsociety.org/archives/12571> (Mai 2023).

¹⁸ Il s'agit de la seule hypothèse qui sera ici envisagée, mais d'autres règles de perte de nationalité peuvent, bien entendu, être analysées sous cet angle. V. p. ex., à propos de la désuétude de l'article 23-6 du Code civil : S. Khalfa, « Désuétude de la nationalité : le poids de l'impensé colonial », *Plein droit*, n° 123, 2019/4, page 27.

les dispositions du *British Nationality Act* de 1981 qui visaient justement à réparer le caractère discriminatoire à l'égard des femmes des règles du droit britannique. Les demandeurs nés avant 1983 et qui auraient dû obtenir la nationalité britannique si leur mère avait pu transmettre sa nationalité dans les mêmes conditions qu'un homme (Section 4C) et les demandeurs nés avant le 1^{er} juillet 2006 qui auraient dû obtenir la nationalité britannique si leur mère avait été marié avec leur père (Section 4E-4J) pouvaient s'enregistrer comme citoyens britanniques. Cette faculté, depuis la réforme, est étendue à la citoyenneté spécifique des territoires britanniques ultramarins (*British Overseas Territories Citizenship*)¹⁹.

En droit français, la solution est beaucoup plus nettement orientée en faveur de la stabilité des situations juridiques, quitte à laisser perdurer des situations fondées sur une discrimination.

Ainsi en tout cas en a pensé le législateur, qui peut parfois limiter dans le temps les effets de réformes assurant l'égalité des hommes et des femmes. L'exemple le plus frappant à cet égard est celui de l'importante réforme du 4 juillet 2005 ayant modifié le droit de la filiation²⁰. En particulier, l'ordonnance a introduit dans l'article 311-25 du Code civil une nouvelle disposition aux termes de laquelle :

« La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant »²¹.

Cette solution permet donc d'établir la filiation maternelle sur la simple foi de l'acte de naissance, même en l'absence de reconnaissance de la mère. La solution contraire ayant été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le célèbre arrêt *Marckx*, la réforme s'imposait²².

Restait à déterminer les effets de cette nouvelle solution sur la nationalité des enfants déjà nés au moment de l'introduction de la réforme. La solution traditionnelle du droit de la nationalité, que l'on retrouve à l'article 20-1 du Code civil, prévoit que « la filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité ». La Cour de cassation a toutefois estimé dans un premier temps qu'une telle solution n'était pas applicable en raison de la contrariété de l'ancienne règle avec la Convention européenne des droits de l'homme. De ce fait, elle s'est appuyée sur les articles 8 et 14 CEDH pour casser les arrêts qui avaient débouté de leur action déclaratoire de nationalité des individus majeurs nés d'une française dont la filiation n'était établie que par l'acte de naissance²³. Ceux-ci pouvaient donc être considérés comme français, quoique majeurs au moment de l'introduction de la nouvelle règle.

Le législateur, pourtant, est venu briser cette solution par une loi de 2006²⁴ qui a introduit un nouvel article 20, II, 6° dans l'ordonnance, disposant que les dispositions de l'ordonnance n'ont pas d'effet sur la nationalité des personnes majeures à la date de son entrée en vigueur.

¹⁹ Pour une première analyse, v. <https://www.fragomen.com/a/web/b5ASYzhgaAtxhVitgXsPFD/nationality-and-borders-act-2022nationality-provisions.pdf> (mai 2023).

²⁰ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* n°156 du 6 juillet 2005.

²¹ Sur cette nouvelle solution, v. AM. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, 2022, n°724.

²² CEDH, 13 juin 1979, n°6833/74, *Marckx c. Belgique*.

²³ Civ. 1re, 14 févr. 2006, n° 05-13.006, *D.* 2006. 1029, obs. I. Gallmeister, note G. Kessler ; *ibid.* 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2006. 294, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 06-16.675, *Rev. crit. DIP* 2008. 81, note P. Lagarde ; Sur l'ensemble, v. P. Lagarde, *La nationalité française, op. cit.*, 2011, n° 21.62.

²⁴ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, article 91.

Dès lors, les enfants ayant déjà atteint leur majorité ne pouvaient plus se prévaloir de la seule désignation de leur mère de nationalité française dans leur acte de naissance pour obtenir la nationalité française. Saisi par la Cour de cassation par voie de question préalable de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a déclaré cette limitation conforme à la constitution, estimant qu'elle présentait « un caractère résiduel » et qu'elle était « en lien direct avec l'objectif d'intérêt général de stabilité des situations juridiques que le législateur s'est assigné »²⁵. La Cour de cassation s'est inclinée et refuse donc de considérer comme françaises des personnes nées de mère française mais non reconnues par elle et majeures à la date de l'entrée en vigueur de la réforme²⁶. La solution est donc très claire : la nouvelle filiation ne peut avoir d'effet sur la nationalité.

Pour être claire, elle n'en est pas moins contestable : permettre l'établissement d'une filiation au nom du respect des droits fondamentaux sans tirer toutes les conséquences sur la nationalité des intéressés de cette nouvelle situation paraît inutilement restrictif, non conforme aux exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme et, pour tout dire, un peu mesquin²⁷.

La solution n'est toutefois guère différente lorsqu'elle se pose devant le juge, en particulier devant le juge constitutionnel.

B. Intervention du juge

Ce qui est susceptible d'être organisé par le législateur pour les solutions nouvelles pose bien d'autres difficultés pour les règles anciennes et discriminatoires. Cette question a été trois fois soumise au conseil constitutionnel par le biais de questions préliminaires de constitutionnalité posées par les descendants de femmes qui auraient dû transmettre leur nationalité française si la loi n'avait pas alors été discriminatoire. Par trois fois, le juge constitutionnel a lui aussi — tout en condamnant la discrimination — fait prévaloir la stabilité sur la lutte contre les discriminations.

Ces trois décisions sont significatives des différentes voies par lesquelles les règles discriminatoires du droit de la nationalité peuvent concerner les femmes. La première, du 9 janvier 2014, concernait la règle de perte de la nationalité française en cas d'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère²⁸. En vertu d'une loi de 1954, cette perte était automatique pour les femmes, mais subordonnée à une demande et à une autorisation gouvernementale pour les hommes. La différence de traitement était justifiée par la volonté d'empêcher les hommes de se soustraire à la conscription (l'autorisation était de droit pour les hommes de plus de 50 ans) ; elle n'en était pas moins directement discriminatoire, justifiant sa disparition, puis sa condamnation par le Conseil.

La seconde décision, du 5 octobre 2018, concernait pour sa part une discrimination issue de la loi de 1927²⁹ : en application des dispositions de celle-ci, était français l'enfant légitime né en France d'un parent français et était français l'enfant légitime né à l'étranger d'un père

²⁵ Cons. Const., QPC, 21 octobre 2011 n° 2011-186/187/188/189, *Rev. Crit. DIP.* 2011. 825, note Lagarde.

²⁶ En dernier lieu, v. Civ. 1, 30 septembre 2020, n°19-17796, *D. Act.*, 23 oct 2020, obs. A. Panet, et *D.* 2021. 255, obs. O. Boskovic.

²⁷ En ce sens, v. aussi P. Lagarde, *ibid.*

²⁸ Cons. Const, QPC, 9 janvier 2014, n° 2013-360, *D.* 2014, n° 7, p. 459, chr. F. Lafaille.

²⁹ Cons. Const. QPC, 5 octobre 2018, n°2018-737 ; *AJ Famille*, 10 nov. 2018, 612, obs. L. Carayon ; *LEFP*, 1 nov. 2018, n°10, 7, obs. C.-A. Chassin ; *D.* 2019, 347, obs. O. Boskovic ; *LPA*, 28 nov. 2019, n°237, 5, obs. A. Dionisi-Peyrusse. ; *RTD civ.*, 2019, 82, obs. A.-M. Leroyer.

français. L'enfant légitime né à l'étranger d'une mère française n'était donc pas français. A nouveau, si la solution pouvait s'expliquer à l'époque, notamment pour des raisons liées à la conscription, ces justifications ne peuvent aujourd'hui convaincre en raison de la discrimination frontale qu'elle consacre.

La troisième décision, enfin, concernait l'hypothèse des conséquences de l'accession à l'indépendance de certains territoires anciennement français³⁰. L'article 152 du code de la nationalité prévoyait un mécanisme de déclaration permettant à certaines personnes ayant conservé leur domicile sur le territoire nouvellement indépendant de conserver la nationalité française³¹. Cette déclaration pouvait avoir un effet sur les enfants légitimes d'un couple, à la condition d'être faite par le père et uniquement en cas de prédécès du père si elle était faite par la mère. A nouveau, la règle était brutalement discriminatoire.

Dans ces trois cas, le Conseil constitutionnel n'a nullement hésité à considérer que ces dispositions devaient être considérées comme contraires à la constitution, en invoquant en particulier le principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et celui de l'égalité de droits entre les hommes et les femmes, consacré pour sa part par le troisième alinéa du préambule de la constitution de 1946. Ces solutions sont aujourd'hui solidement ancrées dans le droit positif et sont parfois utilisées par les juridictions françaises pour évincer d'éventuelles règles discriminatoires qui pourraient subsister en droit positif³².

Il n'en reste pas moins que dans les trois cas dont a été saisi le Conseil, les règles discriminatoires condamnées avaient été abandonnées en droit français et ne produisaient donc plus d'effet depuis longtemps. De ce fait, les requêtes individuelles sont portées ou bien par des personnes très âgées, ou bien par leurs descendants, qui revendiquent donc l'accès à une nationalité française qu'ils auraient dû obtenir si leur mère ou grand-mère n'avait pas eu à subir l'application de règles défavorables aux femmes. L'enjeu pratique de ces décisions résidait donc bien plutôt dans les conséquences temporelles de la déclaration d'inconstitutionnalité que dans la déclaration elle-même, qui ne faisait guère de doute.

A cet égard, le Conseil constitutionnel a incontestablement choisi la voie de la prudence en encadrant très strictement le temps la possibilité d'utiliser effectivement cette inconstitutionnalité. Il ouvre en effet sans restriction l'utilisation de la nouvelle voie de droit aux femmes qui ont été directement discriminées (désormais décédées pour la plupart) mais en revanche, les descendants de ces femmes ne pourront agir que si celles-ci ont elle-même agi. En pratique, donc, la quasi-totalité des descendants ne peuvent donc faire valoir leur droit à la nationalité française, ce qui est évidemment une façon très radicale de limiter les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité.

A quelques nuances près, la formule est la même : « La remise en cause des situations juridiques résultant de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait des

³⁰ Cons. Const. QPC, 10 décembre 2021, n° 2021-954, *AJ fam.* 2022. 160, obs. J. Houssier.

³¹ Sur l'ensemble, v. l'article classique de P. Lagarde, « De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 283.

³² Ainsi par exemple de certaines conventions bilatérales : Civ. 1, 30 mars 2022, n°20-22050, *D.* 2023. 202, obs. O. Boskovic dans lequel la Cour de cassation s'appuie sur la décision du Conseil constitutionnel de 2014 pour censurer l'arrêt d'appel qui avait utilisé la convention internationale franco-tunisienne du 3 juin 1955 pour estimer que la femme française ayant acquis la nationalité tunisienne de son mari avait perdu sa nationalité ; la Cour a estimé que l'absence d'effet direct de la convention ainsi que l'inconstitutionnalité de la règle justifiait le maintien dans la nationalité française.

conséquences manifestement excessives si cette inconstitutionnalité pouvait être invoquée par tous les descendants des personnes nées à l'étranger de mère française n'ayant pas obtenu la nationalité française du fait de ces dispositions » (2018).

La justification vient donc des « conséquences excessives » (2014) ou « manifestement excessives » (2018 et 2021) qu'aurait l'ouverture d'une voie d'accès à la nationalité française à tous les descendants de ces femmes.

Pourtant, ces conséquences ne sont pas détaillées, non plus, à plus forte raison, que leur caractère éventuellement excessif. Le commentaire qui accompagne ces décisions précise simplement que le Conseil a voulu empêcher la possibilité de remettre en cause des situations fermement établies.

Ainsi, pour le Conseil en 2014 :

« Une censure non limitée dans le temps de ce type de législation serait de nature à remettre en cause des situations très anciennes, en permettant à des personnes de revendiquer la nationalité française alors qu'elles n'ont jamais été françaises, le lien avec la nationalité française s'étant rompu une ou plusieurs générations auparavant »³³.

La justification avancée, la seule, serait donc la volonté de ne pas donner la nationalité française à ceux qui n'auraient plus de lien avec la France. Une telle préoccupation est louable, mais elle pourrait inciter à moduler réellement la solution non pas en application d'un critère tenant à l'éventuelle action de l'intéressée elle-même, mais bien à la situation de ses descendants. A cet égard, d'autres chemins auraient pu être explorés, en subordonnant par exemple une éventuelle reconnaissance de nationalité française à la possession d'état ou à la persistance de liens avec la France, notamment la résidence.

Le Conseil ne l'a pas pensé et a préféré retirer d'une main ce qu'il proclamait de l'autre. La condamnation n'est donc que de façade : si la règle ancienne est incontestablement condamnée, les conséquences de celles-ci, en revanche, persistent. De ce fait, l'injustice historique, frontalement reconnue par le législateur britannique, est ignorée, certes avec habileté, par le droit français.

Dès lors, si les discriminations les plus brutales ont disparu du droit français, la subtile modulation des effets dans le temps n'en a pas moins permis de faire subsister celles-ci jusqu'à l'extrême limite de leur champ d'application temporel. La nuance est d'importance ; d'autant que toute forme de différence de traitement ne semble pas avoir disparu.

III. Les revenentes : persistance des discriminations ?

Progressivement, le droit de la nationalité est donc devenu dans sa formulation même égalitaire. Est-il pour autant totalement insensible au genre ? Spécifique au droit de la nationalité, la question ne s'en insère pas moins dans un vaste programme de recherche sur les liens entre genre et droit³⁴, dont témoigne d'ailleurs avec éclat le présent ouvrage. Déjà

³³ Commentaire de la décision 2013-360, p. 17, en ligne : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013360qpc/ccc_360qpc.pdf (mai 2023). Les mêmes justifications sont apportées dans les commentaires des décisions postérieures.

³⁴ Sur ce programme, v. part. en langue française les importants travaux du groupe REGINE (Recherches et études sur le genre et les inégalités en Europe) en particulier S. Hennette-Vauchez, M. Möschel, D. Roman, *Ce que le*

largement entamée, notamment dans la littérature de langue anglaise³⁵, une telle recherche conduit à étudier non plus seulement les règles mais bien la pratique du droit de la nationalité. Il devient alors possible de nuancer le constat d'indifférence au genre du droit de la nationalité et, au contraire, de mettre à jour un certain nombre de biais. Deux directions, en particulier, semblent fécondes. La première est celle du dévoilement des stéréotypes de genre. En dépit de règles formulées de façon neutre, ressurgissent en effet parfois des conceptions fortement stéréotypées de la répartition des rôles entre hommes et femmes, susceptibles d'affecter celles-ci. La seconde est celle de l'instrumentalisation du droit de la nationalité par le droit des étrangers. Le croisement de ces deux lignes d'analyses permet ainsi de dévoiler de contestables intrusions dans la situation matrimoniale, dont témoignent l'acquisition par mariage (A) ou la naturalisation (B) ainsi, en creux, qu'une absence de réflexion suffisamment approfondie sur la vulnérabilité, particulièrement économique, des femmes (C).

A. L'acquisition par mariage face à la polygamie

On vient de le voir, le mariage ne produit plus d'effet de plein droit sur la nationalité du conjoint. L'article 21-2 du code civil permet simplement à l'étranger marié à un Français de réclamer la nationalité française.

Pourtant, la situation matrimoniale concrète de l'étranger n'est nullement indifférente à la pratique du droit de la nationalité, au point que paraît se dessiner une forme de police de l'intime, intrusive et parfois contestable.

L'évolution de l'acquisition par mariage a conduit à un renversement complet de perspective. Le législateur est désormais principalement préoccupé de maîtrise de l'immigration et, à ce titre, inquiet des éventuels mariages conclus dans une perspective étrangère à l'intention matrimoniale, les trop fameux mariages « blancs ». Cette inquiétude a conduit à un progressif durcissement des liens entre mariage et immigration, au point d'ailleurs d'alerter certains juristes sur les éventuelles atteintes à la liberté matrimoniale³⁶. En matière d'acquisition par mariage, cette perspective a conduit à considérablement renforcer les conditions posées par l'article 21-2, en allongeant le délai (désormais de 4 ans, allongé à 5 ans si l'étranger ne justifie pas 3 ans de résidence interrompue et régulière en France ou ne prouve pas que le conjoint français était inscrit au registre des Français de l'étranger), en posant une condition de connaissance de la langue française et, surtout, en exigeant que soit établie une « communauté de vie tant affective que matérielle » qui n'a pas cessé depuis le mariage³⁷.

Cette dernière condition donne lieu à une enquête particulière et peut donner lieu à un refus dans le délai d'un an, voire deux ans si le mariage fait l'objet d'une opposition de la part du ministère public (article 26-3 C. civ.). Celui-ci peut en effet contester la déclaration dans un délai de deux ans (article 26-4 al. 2 C. Civ.). Ces délais sont donc susceptibles de considérablement allonger la date à laquelle la déclaration produira effet et sont la traduction

genre fait au droit, Dalloz, 2013 et les panoramas annuels publiés au *Recueil Dalloz*, dont en dernier lieu, D. 2023. 855.

³⁵ v. sur ce point le panorama présenté par L. Volpp, "'Feminist, Sexual, and Queer Citizenship.'" In : A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, and M. Vink (dir.), *The Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford UP, 2017, 153–177.

³⁶ S. Corneloup, « Maîtrise de l'immigration et célébration du mariage », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 207 ; *adde* : K. Parrot, *Carte blanche*, La Fabrique, 2019, pp. 104 et s.

³⁷ Sur ces conditions, v. F. Jault-Seseke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *Droit des étrangers et de la nationalité*, PUF, 2015, pp. 143 et s.

d'une grande méfiance de la part du législateur, méfiance qui prendra même la forme d'une présomption de fraude en cas de cessation de la communauté de vie dans les 12 mois suivant l'enregistrement de la déclaration (article 26-4 al. 3 C. civ.). Les conditions sont donc à la fois intrusives par les vérifications qu'elles supposent et exigeantes au regard du contraste entre la longueur de la procédure d'acquisition et de la durée contemporaine des mariages³⁸.

Elles peuvent prendre conduire à des résultats étonnants et d'une extrême sévérité à l'égard des femmes. C'est le cas notamment dans l'hypothèse de la bigamie.

Au terme d'une importante série d'arrêts, la solution est désormais claire : la situation de bigamie est en elle-même exclusive de la communauté de vie exigée par l'article 21-2 et fait donc obstacle à l'acquisition par l'épouse de la nationalité française³⁹. La solution, affirmée par quatre arrêts, est cohérente avec la lutte contre la polygamie désormais inscrite au cœur du droit des migrations, puisque l'article L.412-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) affirme clairement qu'« aucun document de séjour ne peut être délivré à un étranger qui vit en France en état de polygamie ».

Elle n'en est pas moins d'une extrême sévérité pour l'épouse, puisque ni la réalité du mariage ni l'éventuelle opposition à la nouvelle union ne sont prises en considération. Dans l'affaire du 4 novembre 2020, le mariage avait duré plus de 20 ans et 5 enfants étaient nés de l'union des époux. Dans celles du 10 février 2021 et du 9 mars 2022, la solution est encore plus étonnante car la relation de bigamie n'était pas techniquement constituée, faute de second mariage. La relation qui permettait de conclure à la bigamie était en effet une relation adultère durable. Cette relation était, pour la Cour de cassation, « exclusive d'une communauté de vie tant matérielle qu'affective ». Elle devrait donc être distinguée, selon les termes de la Cour d'appel « d'une aventure extra conjugale sans incidence »... Quant à l'affaire du 12 janvier, la femme en question était la seconde épouse, l'action a été intentée par le ministère public 14 ans après la célébration du mariage, à un moment où la première union était déjà dissoute depuis plus de 8 ans⁴⁰.

La rigueur de la formule de la Cour de cassation conduit donc à considérer toute « situation de polygamie », sanctionnée ou pas par un second mariage comme un obstacle à l'obtention de la nationalité, française, sans aucune autre investigation. L'existence d'un second mariage au jour de la déclaration suffit à elle seule à empêcher toute acquisition. Quant à la relation adultère durable (dont l'appréciation relève du juge du fond) elle aura les mêmes conséquences, alors même, comme l'affirment JJ Lemouland et D. Vigneau, que « la fidélité n'est pas d'ordre public, que les libéralités faites à sa maîtresse n'ont rien d'illicite, que l'on peut conclure un contrat de courtage matrimonial si l'on est marié et que l'invitation publique à l'adultère relève de la liberté d'expression... »⁴¹.

La solution est d'autant plus sévère pour les femmes qu'on rappellera que l'article L412-6 CESEDA exige pour sa part qu'il soit « [tenu] compte du caractère non consenti de la situation

³⁸ Sur ce point, v. F. Jault-Seseke et al., *op. cit.*, n°167.

³⁹ Civ. 1re, 4 nov. 2020, n° 19-50.027, *D.* 2021. 268, note C. Bidaud ; *ibid.* 255, obs. O. Boskovic ; *ibid.* 819, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 863, obs. S. Hennette-Vauchez ; *AJ fam.* 2021. 59, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2021. 102, obs. A.-M. Leroyer ; Civ. 1re, 10 févr. 2021, n° 19-50.027, *D.* 2021. 000 ; *ibid.* 2022. 244, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJ fam.* 2021. 241, obs. M. Saulier ; *RTD civ.* 2021. 382, obs. A.-M. Leroyer ; Civ. 1, 12 janvier 2022 et 9 mars 2022, *Rev. Crit.* 2022. 730 note E. Ralser, *RTDCiv.* 2022. 367, obs. AM. Leroyer, *D.* 2022. 764, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *ibid.* 2023. 200, obs. O. Boskovic.

⁴⁰ E. Ralser, *note précitée*, p. 744.

⁴¹ JJ. Lemouland et D. Vigneau, *note précitée*, p. 764.

de polygamie » pour décider d'attribuer ou pas un titre de séjour. Rien de tel en matière d'acquisition de la nationalité. Dans cette hypothèse, si largement entendue par la Cour de cassation, la femme est donc directement sanctionnée du fait du comportement de son mari, sur lequel elle n'a pourtant aucune prise⁴². La solution est d'une incontestable sévérité pour les femmes et tranche avec le libéralisme dont se prévaut désormais le droit de la famille français.

Il est parfois possible d'aboutir à la même conclusion en matière de naturalisation.

B. La naturalisation face à l'assimilation.

La naturalisation est par essence, le domaine du pouvoir régalien de l'État. Comme l'affirme de la façon la plus claire Paul Lagarde :

« La naturalisation est l'octroi discrétionnaire par un État de la nationalité de cet État à un étranger qui la demande. Cette source d'acquisition de la nationalité française (...) réside essentiellement dans une décision discrétionnaire du gouvernement »⁴³.

De cette particularité de la naturalisation face aux autres mécanismes d'octroi de la nationalité résulte un régime juridique très particulier, donnant une large marge d'appréciation d'opportunité à l'État et conduisant à un contrôle juridictionnel restreint, pour l'essentiel, à la recevabilité et portant, en pratique, exclusivement sur les décisions de refus.

Aujourd'hui, le contrôle exercé par les juridictions administratives témoigne incontestablement d'un recul du pouvoir discrétionnaire de l'État. Mais il atteste aussi de l'importante marge d'appréciation qui est laissée à l'administration.

Techniquement, cette marge d'appréciation passe par les conditions de recevabilité et d'octroi de la naturalisation. Ces règles figurent aux articles 21-14-1 et suivants du Code civil, complétés par les règles applicables en matière de procédure, soit le décret 93-1362 du 30 décembre 1993⁴⁴ et la circulaire du 12 mai 2000⁴⁵.

Tous ces textes posent un ensemble de conditions pour portant pour l'essentiel sur l'âge et la capacité, la résidence, les ressources, l'assimilation et la moralité. Celui qui demande la naturalisation doit ainsi être « de bonnes vie et mœurs » (article 21-23 C. Civ.) et surtout assimilé (21-24 C. Civ.).

Cette condition d'assimilation a beaucoup évolué, aujourd'hui, elle prend la forme suivante :

« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont fixés par

⁴² V. aussi les critiques de MM. Lemouland et Vigneau sur

⁴³ P. Lagarde, *La nationalité française*, 4^e éd., Dalloz, 2011, n°34.01.

⁴⁴ Décret n°93-1362 du 30 décembre 1993 *relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française*, dans sa version en vigueur au jour de la date de naturalisation : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006067966&dateTexte=20090420>.

⁴⁵ Circulaire DPM n° 2000-254 du 12 mai 2000 *relative aux naturalisations, réintégrations dans la nationalité française et perte de la nationalité française*, non publiée au JO, parue au *BO Aff. Soc.* n° 2000-27 du 3 au 9 juillet 2000.

décret en Conseil d'Etat, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.

A l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française. »⁴⁶.

Ces phrases permettent de mettre en lumière à quel point l'administration conserve un important pouvoir d'appréciation. Aussi la politique de naturalisation et le contentieux qui l'accompagne permettent-ils de mettre en lumière une certaine politique de la nation⁴⁷. Cette politique est longtemps restée corrélée à la question militaire et on connaît la fameuse phrase de Niboyet selon lequel « l'ombre du bureau de recrutement » planerait sur le droit de la nationalité⁴⁸. La question militaire, bien entendu, est aujourd'hui passée au second plan ; mais du fait de cette liberté laissée à l'administration, la politique et la pratique de la naturalisation sont aussi des politiques familiale⁴⁹ et individuelles révélant qui est, aux yeux de l'État, le « bon citoyen » du droit de la nationalité⁵⁰. S'interroger sur qui est le « bon citoyen » du droit de la naturalisation est donc une façon de se demander si pratique et contentieux de la naturalisation sont susceptibles de véhiculer une certaine conception des rapports sociaux et, en particulier, des rapports de genre.

Une telle interrogation — un tel programme de recherche, en réalité — dépasserait largement les limites plus modestes de cette contribution. Il a commencé déjà à être mis en œuvre, en France⁵¹, comme à l'étranger⁵². Il permet de montrer à quel point l'invocation récurrente en France des « valeurs de la République » peut servir de point d'entrée à une intervention intrusive et moralisatrice dans la vie privée des requérants, y compris, parfois, au nom de l'égalité entre hommes et femmes, supposées non respectées par certains requérants en raison de leur origine nationale⁵³.

En dépit de cette apparente insistance sur l'égalité entre hommes et femmes, d'autres stéréotypes de genre apparaissent parfois, trahissant la persistance d'inégalités de traitement. En témoigne une décision étonnante rendue par le Conseil d'État⁵⁴. Celle-ci portait sur un refus de naturalisation française opposée à une femme qui était l'épouse d'un ancien ministre rwandais ayant incité au génocide et à ce titre condamné par le Tribunal pénal international pour le Rwanda à une peine de trente ans d'emprisonnement. En raison de ses

⁴⁶ Cette formulation date de la loi du 16 juin 2011 ; sur cette loi, v. H. Fulchiron, « La nationalité française entre identité et appartenance » *D.* 2011. 1915.

⁴⁷ L. Guerry, « La naturalisation au service de la nation », *Plein droit* 2020/3, n° 126, p. 36 et s.

⁴⁸ Cité par H. Fulchiron, « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs* 2017/1, n° 160, p. 7.

⁴⁹ Sur l'ensemble de ce débat v. Camille Robcis, *La loi de la parenté – La famille, les experts et la République*, Farenheit, 2016.

⁵⁰ Sur ce point, v. aussi dans le présent ouvrage L. Carayon, « le bon citoyen du droit des étrangers », *Infra*, XXX.

⁵¹ Émilien Fargues, Janie Pélabay et Réjane Sénac, "The contemporary uses of the 'values of the Republic' in the French naturalisation process", *Journal of ethnic and migration studies*, Mai 2023, en ligne : <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1369183X.2023.2211235?src> (mai 2023).

⁵² Pour l'exemple des États-Unis, v. en particulier Jeannette Money et al., "Social Status and Gendered Pathways to Citizenship", *International Migration Review*, à paraître ; en ligne : <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/01979183221142774> (mai 2023)

⁵³ v. sur ce point E. Fargues et al., *ibid.*, spéc. pp. 7 et s.

⁵⁴ CE, 8 avril 2021, n° 436264, sur laquelle : v. J. Lepoutre : « Epoux génocidaire et demande de naturalisation : liaisons dangereuses », *AJDA* 2021. 2050.

liens matrimoniaux, qui n'étaient pas rompus au moment de la demande de naturalisation, l'administration puis le Conseil d'État vont refuser celle-ci. Selon le Conseil d'État en effet :

« L'autorité administrative dispose, en matière de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, d'un large pouvoir d'appréciation. Elle peut, dans l'exercice de ce pouvoir, prendre en considération les liens particuliers du demandeur avec un tiers, notamment le conjoint. Elle peut, à cet égard, rejeter une demande de naturalisation si elle estime, notamment, que de tels liens sont susceptibles d'affecter l'intérêt que présenterait pour le pays l'octroi de la nationalité française au demandeur. »

L'infamie de l'époux rejaillit sur l'autre. Comme le montre Jules Lepoutre, cette décision s'inscrit à la fois dans une tendance ancienne de la jurisprudence du Conseil, mais, simultanément, à l'encontre d'une autre tendance, plus contemporaine et plus conforme à l'égalité des sexes : celle de l'autonomie des demandes et notamment au sein du couple⁵⁵. Il s'agit bien d'une exception à cette autonomie, exception d'autant plus étonnante que le seul argument invoqué par le Conseil d'État est l'absence de dissolution du mariage et la persistance des liens personnels entre les époux. Aucun autre acte élément de fait n'est invoqué, qui permettrait d'établir que l'épouse aurait personnellement embrassé l'idéologie mortifère de son mari. Une telle solution implique donc que l'on fasse porter à la femme la condamnation prononcée à l'égard du seul mari, sous-entendant qu'il y aurait une sorte d'approbation tacite de sa part, faute pour elle d'avoir demandé le divorce. La solution paraît aussi contestable que rétrograde, à la fois du point de vue de l'égalité entre hommes et femmes mais encore sous l'angle du droit de la naturalisation. Le Conseil d'État semble en l'espèce revenir à l'idée de la naturalisation comme une faveur accordée au demandeur, en dépit de la force de ses liens objectifs avec la France⁵⁶.

Une telle solution, par son caractère exceptionnel, n'est sans doute pas symptomatique d'une nouvelle tendance jurisprudentielle. Elle n'en témoigne pas moins de la survivance d'un courant de fond, fortement défavorable aux femmes et témoignant de la persistance de leur rôle secondaire en matière de conjugalité et, par voie de conséquence, de nationalité.

Ces deux exemples, la polygamie et la naturalisation, montrent donc à quel point certaines représentations conjugales restent encore fortement ancrées dans l'esprit du législateur, du juge et de l'administration, à l'encontre même des valeurs de libéralisme et d'autonomie qui sont pourtant supposément véhiculées par le droit de la famille, d'un côté et par le droit de la nationalité, de l'autre.

Il n'en reste pas moins, bien entendu, que ces représentations évoluent, qu'un droit de la non-discrimination s'est progressivement construit et, plus largement, que les particularités, notamment économiques, de la situation des femmes sont aujourd'hui fort bien mises en lumière et prises en compte par le droit. Ces évolutions ont-elles un impact sur le droit de la nationalité ? En d'autres termes, les inégalités particulières dont sont victimes les femmes sont-elles prises en compte dans le droit de la nationalité ? On peut en douter.

C. Prendre en compte la vulnérabilité ?

⁵⁵ J. Lepoutre, *note précitée, ibid.*

⁵⁶ Sur ce point, v. J. Lepoutre, *Ibid.*

La question de la répartition des ressources économiques des femmes, particulièrement des femmes mariées ou en couple stable fait l'objet d'une intense activité doctrinale en raison des inégalités persistantes en la matière⁵⁷. De la même façon, sont aujourd'hui très bien documentées les conséquences particulièrement sévères pour les femmes d'un divorce ou d'une séparation⁵⁸.

A nouveau, la discussion générale de ces points dépasserait le cadre de la présente contribution, et surtout nécessiterait une enquête fine et exhaustive, auprès des intéressées. Il reste que deux exemples, brièvement abordés, permettront de montrer que, dans sa forme actuelle, le droit de la nationalité ne paraît pas apte à prendre en compte ces inégalités structurelles.

1. Naturalisation : la condition de ressources

Toute demande de naturalisation suppose d'établir que l'intéressé dispose de ressource lui permettant de subvenir à ses besoins en France. La condition n'est pas discutée et elle est, d'apparence, sexuellement égalitaire. La condition de ressources, en effet, est interprétée de façon stricte et claire : elle suppose d'établir que la requérante est apte à subvenir à ses propres besoins et n'est pas susceptible de devenir une charge pour l'assistance sociale française. Aucune spécificité, en apparence, donc.

Confrontée aux recherches sur la valorisation du travail des femmes, pourtant, peut-être pourrait-elle être discutée. Les inégalités de revenus entre les hommes et les femmes sont aujourd'hui bien documentées et résultent d'un ensemble de facteurs, qui touchent à la fois à l'emploi (entrée dans l'emploi plus difficile, recours massif au temps partiel et aux contrats à durée déterminée, salaires plus faibles) et à l'inégale répartition des tâches domestiques. Pour ce faire, différentes propositions ont été émises, visant à améliorer les processus de redistribution opérés par le droit de la famille ou encore à reconnaître une valeur marchande au travail domestique ou au travail du *care*⁵⁹. Toutes ces propositions pourraient avoir des conséquences très concrètes en matière de nationalité, comme l'a très bien détaillé L. Volpp⁶⁰. Plus spécifiquement, sur la naturalisation, elles pourraient conduire à modifier l'analyse de la condition de ressources, précisément en intégrant ces considérations économiques spécifiques, notamment par la prise en considération de la valeur sociale et économique du travail domestique et du travail du *care*.

Tout reste à construire, mais la naturalisation pourrait être un point d'entrée fécond pour le renouvellement de l'analyse des liens entre genre et nationalité, à l'instar, peut-être, de la perte de nationalité.

2. La perte de nationalité

La nationalité se perd dans plusieurs situations qui, en substance, se rattachent à deux grandes hypothèses. La plus spectaculaire, qui occupe le devant de l'actualité ces dernières années, est évidemment la déchéance de nationalité. Mais il ne s'agit pas de la seule hypothèse : le défaut d'effectivité est aussi occasionnellement source de perte de nationalité. Dans le premier cas,

⁵⁷ V. part. C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital*, La découverte, 2020 et, dans le présent volume **Infra / Supra XXX**.

⁵⁸ C. Bourreau-Dubois, M. Doriat-Duban, « La couverture des coûts du divorce : le rôle de la famille, de l'état et du marché », *Population* 2016/3 (Vol. 71), p. 489.

⁵⁹ Sur ces différentes solutions, v. AM. Leroyer, *Droit de la famille*, PUF, 2022, p. 255 et s.

⁶⁰ L. Volpp, "Feminist, Sexual, and Queer Citizenship" In : A. Shachar, R. Bauböck, I. Bloemraad, and M. Vink (dir.) *The Oxford Handbook of Citizenship*, 2017, Oxford UP, pp. 153 et s., spec. pp. 158 et s.

qui est une manière de bannissement, il s'agit de priver quelqu'un qui, par ses actions, s'est placée en dehors de la communauté des citoyens. Dans le second cas, il s'agit plutôt de tenir compte de la disparition de la réalité des liens qui unissent un national et un État en particulier. En France, la déchéance est encadrée par l'article 25 du Code civil ; la perte pour défaut d'effectivité par un ensemble de règles dont la plus célèbre et la plus importante est celle de l'article 23-6 du Code civil qui rend la perte possible par décision de justice si « l'intéressé, français d'origine par filiation, n'en a point la possession d'état et n'a jamais eu sa résidence habituelle en France » et si « les ascendants dont il tenait la nationalité française n'ont eux-mêmes ni possession d'état de français ni résidence en France depuis un demi-siècle ». Le long écoulement du temps a éloigné la France du Français et justifierait donc une perte de nationalité qui viendrait simplement prendre acte de cet éloignement⁶¹. A nouveau, toutes ces hypothèses sont insensibles au sexe et, plus encore, la déchéance semble ne frapper, en France, que très marginalement les femmes⁶².

En matière de défaut d'effectivité, un exemple porté à la connaissance de la Cour de justice de l'Union permettrait peut-être de nuancer ce constat d'indifférence⁶³.

Étaient en cause en l'espèce quatre ressortissantes néerlandaises (pensaient-elles), habituellement résidentes à l'étranger depuis plus de dix ans, au Canada, en Suisse (une mère et sa fille mineure) et en Iran. Les demanderessees étaient, pour trois d'entre elles, néerlandaises par filiation, la dernière l'étant par naturalisation. C'est le hasard de demandes de renouvellement de passeport qui a conduit au litige, ces demandes ayant été refusées du fait de la perte par les intéressées de leur nationalité.

Elles ont en effet appris à cette occasion que la loi néerlandaise⁶⁴ prévoyait qu'une résidence de 10 ans en dehors de l'Union européenne menait automatiquement à la perte de la nationalité néerlandaise, sauf à entreprendre certaines démarches consulaires qu'aucune d'entre elles n'avait manifestement faites, et à condition de posséder une seconde nationalité. La fille mineure de la ressortissante néerlandaiso-suisse a, pour sa part, perdu sa nationalité en raison de la perte par sa mère de la sienne.

Incontestablement, la loi est d'une extrême sévérité, sans doute l'une des plus sévères d'Europe⁶⁵. En l'espèce, elle conduit donc à priver les intéressées de leur nationalité néerlandaise et, partant, de leur citoyenneté européenne, justifiant ainsi la saisine de la Cour de justice. Le *Rade van State* (Conseil d'État) néerlandais demandait ainsi à la Cour, en substance, si la solution était conforme au droit de l'Union et, tout particulièrement, aux

⁶¹ Sur l'ensemble, on se permettra de renvoyer à « Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *Revue Critique de droit international privé*, 2021, pp. 747-772.

⁶² Une seule femme a fait l'objet d'une déchéance pour fait de terrorisme : https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/05/09/condamnee-pour-terrorisme-elle-devient-la-premiere-francaise-dechue-de-sa-nationalite_6172665_3224.html (Mai 2023). La situation est complètement différente au Royaume-Uni, où les femmes font l'objet de nombreuses mesures de déchéance, comme l'a montré la célèbre affaire Begum. Sur le sujet, v. R. Pougnet, « La déchéance de nationalité devant la Cour suprême du Royaume-Uni : déférence judiciaire et sécurité nationale », *Rev. Crit. DIP.* 2021. 787.

⁶³ CJUE, Gde Chambre, 12 mars 2019, aff. C-221/17, *Tjebbes et al.*, D. 2019. 875, note J. Lepoutre, et 2020. 298, obs. O. Boskovic ; *AJDA* 2019. 1047, chron. P. Bonneville, S. Markarian, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *RTD eur.* 2019. 709, obs. E. Pataut

⁶⁴ Sur laquelle v. R. van Oers, B. de Hart, K. Groenendijk, "Country Report on Citizenship Law: Netherlands", *EUDO Citizenship Observatory*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2013, spec. p. 14, disponible à : <https://globalcit.eu/acquisition-citizenship/>

⁶⁵ V. les éléments comparatifs dans <http://globalcit.eu/loss-of-citizenship>.

articles 20 et 21 TFUE, qui consacrent une citoyenneté européenne, lus à la lumière de l'article 7 de la Charte qui pour sa part exige le respect de la vie privée et familiale.

A très grands traits, la Cour a accepté la solution néerlandaise. Pour justifier la solution néerlandaise, la Cour (qui a elle-même suivi l'avocat général) affirme en effet à la fois qu'il est « légitime pour un État membre de considérer que la nationalité traduit la manifestation d'un lien effectif entre lui-même et ses ressortissants, et d'attacher en conséquence à l'absence ou à la cessation d'un tel lien effectif la perte de sa nationalité » (n°35) et qu'un « critère (...) fondé sur la résidence habituelle des ressortissants du Royaume des Pays-Bas pendant une période ininterrompue de dix ans en dehors de cet État membre et des territoires auxquels le traité UE est applicable peut être considéré comme reflétant l'absence de ce lien effectif » (n° 36). C'est donc bien parce que les intéressés n'ont plus de lien avec les Pays-Bas qu'est justifiée la solution néerlandaise. La solution a été très critiquée, notamment en raison de l'extrême faiblesse du contrôle de ce lien d'effectivité⁶⁶.

A ces critiques, peut-être est-il possible d'ajouter ici une remarque, propre à la différence de traitement entre les hommes et les femmes. Dans l'affaire *Tjebbes*, il est en effet frappant que les demanderesses soient toutes des femmes qui, toutes, ont acquis la nationalité de leur mari et, toutes, ont suivi celui-ci dans son pays d'origine. Qui plus est, l'une de ces femmes avait divorcé et cherchait à revenir dans ce qu'elle pensait être son État d'origine, avant d'apprendre qu'elle n'en possédait plus la nationalité, la laissant donc dans une situation de vulnérabilité particulière.

Difficile, dès lors, de ne pas penser qu'une analyse plus fine de ces cas, orientée autour de la différence de traitement entre les hommes et les femmes ne pourrait pas révéler que la perte d'effectivité frappe peut-être plus durement les femmes comme les frappent plus durement les divorces ou autres accidents de la vie.

Dès lors, s'il ne fait guère de doute que la situation fondamentalement défavorable des femmes en matière de nationalité a aujourd'hui disparu en France et en Europe, peut-être ne faut-il pas pour autant penser que la question du statut des femmes face au droit de la nationalité serait purement et simplement devenue sans objet.

Ces quelques exemples, trop brièvement esquissés, permettent en effet de se convaincre que le droit de la nationalité, tout préoccupé qu'il est d'égalité abstraite, gagnerait à s'emparer des outils analytiques contemporains développés par les sciences humaines pour réfléchir à la persistance des inégalités de genre ; à cet égard, une analyse genrée du droit de la nationalité française reste sans doute à écrire.

⁶⁶ Pour une critique très vigoureuse sur ce point, v. part. D. Kochenov, « The Tjebbes Fail », *European Papers*, Avril 2019, disponible en ligne sur www.europeanpapers.eu (mai 2023), plus nuancé, v. toutefois J. Lepoutre, *D.* 2019, 875.