



HAL
open science

Citoyenneté de l'Union et nationalités des États membres. Entre romantisme et réalisme

Jules Lepoutre

► **To cite this version:**

Jules Lepoutre. Citoyenneté de l'Union et nationalités des États membres. Entre romantisme et réalisme. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2024, 1, pp.9-32. halshs-04776961

HAL Id: halshs-04776961

<https://shs.hal.science/halshs-04776961v1>

Submitted on 12 Nov 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Citoyenneté de l'Union et nationalités des États membres Entre romantisme et réalisme

Jules Lepoutre, professeur de droit public
Université Côte d'Azur, Laboratoire de droit international et européen

Note de l'auteur : Cette recherche a été financée en partie par l'Agence Nationale de la Recherche (ANR) au titre du projet DEMIG ANR-23-CE53-0006-01

Comment la citoyenneté de l'Union façonne-t-elle les nationalités des États membres ? Poser cette question place le problème à rebours de la lettre des traités. Les choses sont normalement claires, l'article 20 TFUE prévoit une stricte dérivation qui fait des États membres les maîtres du jeu : « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». Pourtant, l'institution de la citoyenneté de l'Union depuis Maastricht n'a pas laissé, trois décennies plus tard, le système inchangé. Sans que la situation ne se retourne, les institutions européennes bâtissent un réseau de contrainte qui enserre de plus en plus les États membres dans ce qui demeure leur « compétence exclusive indiscutée »¹. L'évolution a toutefois été lente, pour aujourd'hui culminer, au sein des institutions européennes, dans une attitude doublement empreinte de romantisme et de réalisme à l'égard des États membres et de leur compétence en matière d'acquisition et de perte de la nationalité.

Initialement, le projet de la construction européenne ne pense pas la question de la nationalité. C'est la catégorie générale du « travailleur » qui personnalise l'ambition libérale de l'ordre juridique communautaire, sans que rien ne soit dit dans les traités quant aux critères d'appartenance². Il reviendra à la législation dérivée³, validée par la Cour de justice⁴, de considérer que le travailleur est d'abord un « ressortissant » d'un État membre, sans que cela n'empêche des ressortissants de pays tiers, membres de sa famille, de bénéficier des droits qui lui sont ouverts à titre principal. La nationalité est alors un outil fonctionnel, relativement impensé, mis au service des enjeux de libre circulation. L'impensé se mue d'ailleurs, à l'occasion, en une certaine hostilité.

Au début des années 1990, le sentiment qu'évoque la nationalité est bien résumé par Guiseppe Tesauro dans ses conclusions sur l'affaire *Micheletti*. L'Espagne cherchait en l'espèce à restreindre sur son sol les effets de la nationalité italienne d'un individu (argentin par ailleurs) qui y résidait et qui entendait bénéficier de l'application du droit communautaire. Les autorités espagnoles considéraient alors que, cet individu n'ayant jamais vécu en Italie, sa nationalité

¹ É. Pataut, « Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *Rev. crit. DIP.* 2021. 747.

² V. C. Greenwood, « Nationality and the Limits of the Free Movement of Persons in Community Law », *Yearbook of European Law*, 1987, vol. 7, n° 1, pp. 185-210.

³ V., par ex., Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ; Directive 68/360/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté.

⁴ V. CJCE 5 juil. 1984, *Caisse d'allocations familiales c. Meade*, 238/83, Rec. 2631.

était ineffective et qu'il ne pouvait s'en prévaloir, dans la droite ligne du célèbre arrêt *Nottebohm*⁵ de la Cour internationale de Justice. Tesouro, dans ses conclusions, juge que la « nationalité effective [est une] notion qui remonte à une période “romantique” de la vie des relations internationales » et qu'en matière de liberté d'établissement, la seule exigence est qu'il existe une nationalité d'un État membre, « dont l'attribution ne peut d'ailleurs être mise en cause »⁶. Les conclusions sont suivies⁷. De manière symptomatique, la Cour de justice affirme que la nationalité est purement fonctionnelle et qu'il n'appartient à aucun État membre d'examiner la réalité du rattachement des nationaux à leurs États membres. Toute autre attitude serait l'expression d'un romantisme coupable, peu compatible avec les impératifs de libre circulation. Le droit communautaire, avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, articule donc une vision formaliste et fonctionnelle de la nationalité, qui conduit tout de même la Cour à juger que la compétence des États membres en matière de nationalité « doit être exercée dans le respect du droit communautaire »⁸.

La perturbation vient de l'institution de la citoyenneté européenne. Emblème du renouveau politique de la construction européenne, cette nouvelle citoyenneté s'affirme au cœur du système politique issu de Maastricht⁹. Si elle est bien superposée aux nationalités des États membres, celle-ci possède indéniablement une existence propre qui en fait le support d'un ensemble de droits et de devoirs¹⁰, plus ou moins nouveaux, principalement liés à la libre circulation et au libre séjour, mais aussi à l'exercice d'un droit de suffrage aux élections locales de l'État membre d'accueil. Cette citoyenneté est alors la marque d'un édifice constitutionnel et elle « ne pouvait pas ne pas avoir »¹¹ quelques conséquences à l'égard des États membres. En effet, sauf à ne faire de ce statut qu'un simple décalque des différentes nationalités des États membres, les institutions européennes devaient nécessairement se mettre en quête d'un supplément d'âme pour cette citoyenneté dont la Cour affirmera bien vite qu'elle a « vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »¹². La construction de la citoyenneté « sociale »¹³, renforçant très largement les impératifs de l'égalité de traitement entre ressortissants des différents États membres, va, un temps seulement¹⁴, poursuivre cet objectif de substantialisation¹⁵. De même que les possibilités offertes aux citoyens de l'Union de se prévaloir directement de leur statut dans des situations « purement internes » où entre en jeu « la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par [le] statut de citoyen de l'Union »¹⁶. En revanche, le régime d'acquisition et de perte de la citoyenneté de l'Union va

⁵ CIJ 6 avr. 1955, *Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), Rec. 4.

⁶ Concl. de l'av. gén. Tesouro dans l'aff. C-369/90, *Micheletti*, Rec. 4255.

⁷ CJCE 7 juill. 1992, *Micheletti*, C-369/90, RTD eur. 1992. 687, chron. J. G. Huglo.

⁸ *Ibid.*

⁹ V. M. Benlolo Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2006, pp. 21-24.

¹⁰ V. J. Lepoutre, « Les devoirs du citoyen de l'Union », in A. Bouveresse, A. Iliopoulou-Penot et J. Rondu (dir.), *La citoyenneté européenne, quelle valeur ajoutée ? European Citizenship : what added value ?*, Bruylant, 2023, pp. 113-128.

¹¹ S. Barbou des Places, « La nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire : la nationalité sans frontières », *Rev. Aff. Eur.*, 2011, n° 1, p. 29.

¹² CJCE 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, point 31, D. 2001. 2943 ; Dr. soc. 2001. 1103, note J.-P. Lhernould ; RDSS 2002. 396, obs. I. Daugareilh ; RTD eur. 2003. 553, note F. David.

¹³ V. S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PUAM, 2008 ; C. Marzo, « Vers une citoyenneté sociale européenne ? », Dr. soc. 2007. 218.

¹⁴ V., parmi une littérature abondante, M. Benlolo Carabot, « Le “travailleur”, indétrônable catégorie reine du droit de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne ? », RTD eur. 2018. 59.

¹⁵ V. N. Nic Shuibhne, « The Resilience of EU Market Citizenship », *CML Rev.*, 2010, n° 47, pp. 1597-1628.

¹⁶ V., en dernier lieu, V. Reveillère, « Chronique Citoyenneté de l'UE – Perte de la jouissance de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union », RTD eur. 2022. 585.

longtemps demeurer complètement subordonné aux États membres. Mais la situation a commencé à changer¹⁷.

Les institutions européennes vivent en effet leur tournant romantique depuis un peu plus d'une décennie. Il existe traditionnellement une distinction philosophique entre le « romantisme » d'une part et le « classicisme » d'autre part. Chaïm Perelman et Lucie Olbrechts-Tyteca ont théorisé cette opposition dans un article publié en 1958¹⁸. Pour ces philosophes, les classiques poursuivent une vision rationnelle et formelle du monde, tandis que les romantiques poursuivent une vision émotionnelle et substantielle du monde. En particulier, pour Perelman et Olbrechts, les classiques suivent des valeurs abstraites comme la « vérité », le « juste », alors que les romantiques recherchent des valeurs pratiques et des concepts comme le « peuple » ou la « patrie », parfois bien sûr la « race »¹⁹. Or, depuis l'arrêt *Rottmann*²⁰ jusqu'aux affaires de vente de la nationalité²¹, les institutions se reconnaissent désormais le droit de regarder derrière la citoyenneté de l'Union et d'apprécier les mesures et les législations des États membres en matière d'acquisition et de perte de la nationalité. De cette manière, elles commencent à dessiner une unité dans ce qui donne accès ou fait perdre la citoyenneté de l'Union. Derrière cette recherche de l'unité – ou à tout le moins de la cohérence – des conditions d'accès au statut commun, difficile de ne pas voir l'entreprise de définition, même embryonnaire, par les institutions européennes directement de ce qui fait un peuple européen²². Là se niche la dimension romantique, autrefois rejetée, des derniers développements jurisprudentiels et institutionnels. Mais cette dynamique ne peut s'extraire des réalités juridiques. Il n'existe au sein des traités aucune compétence au profit des institutions européennes portant directement sur la nationalité. Il y a donc un jeu d'équilibre, subtil et précaire à la fois, dans la recherche par les institutions des règles relatives à l'acquisition et à la perte de la citoyenneté de l'Union. Romantisme et réalisme forment ainsi les deux pôles de cette politique européenne nouvelle à l'égard des nationalités des États membres. Cet article se propose d'examiner où se place le curseur entre ces deux dynamiques.

Les institutions européennes – Cour de justice et Commission en tête – multiplient les actions contestant ou discutant les critères employés et appliqués par les États membres pour déterminer leurs nationaux. Dans une logique de conformité aux traités, cherchant à protéger et promouvoir la citoyenneté de l'Union, les institutions européennes articulent de nouveaux contrôles qui viennent limiter le pouvoir discrétionnaire des États membres (I). Pour autant, ces derniers demeurent maîtres de leur compétence qu'ils exercent toujours exclusivement. C'est précisément sur cette dernière donnée, issue des traités eux-mêmes, que la progression des

¹⁷ Pour un récent état de lieux critique de la citoyenneté de l'Union, v. A. Bouveresse et A. Iliopoulou-Penot, « Introductory Remarks », in A. Iliopoulou-Penot et J. Rondou (dir.), *La citoyenneté européenne, quelle valeur ajoutée ? European Citizenship : what added value ?*, op. cit., pp. 11-36.

¹⁸ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, « Classicisme et romantisme dans l'argumentation », *Revue Internationale de Philosophie*, 1958, vol. 12, n° 1, p. 47.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann c/ Freistaat Bayern*, C-135/08, Rec. 1449, D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic ; AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Rev. crit. DIP 2010. 540, note P. Lagarde ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron, et 617, chron. E. Pataut ; Rev. UE 2013. 45, chron. E. Sabatakakis.

²¹ V. É. Pataut, Un marché européen des nationalités, *La Vie des idées*, 14 déc. 2021 ; V. Réveillère, « Chronique Citoyenneté de l'UE – Acquisition du statut de citoyen de l'Union et vente de la nationalité », RTD eur. 2022. 581 ; S. Barbou des Places, « La nationalité et la citoyenneté de l'Union pour le prix d'une Porsche ? L'Union européenne aux prises avec le Ius Pecuniae », *AFDI*, n° 64, pp. 492-508 ; Magdalena Zabrocka, « The sale of EU Citizenship and the “Law” behind it », *Statelessness & Citizenship Review*, 2023, vol. 5, n° 1, pp. 44-75.

²² C'est d'ailleurs ce que portait en puissance la citoyenneté européenne, v. F. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000, p. 361.

actions des politiques européennes se heurte à un certain réalisme institutionnel, malgré les exhortations du Parlement à s'engager plus loin dans un exercice supranational – ou fédéral – de détermination des citoyens de l'Union (II).

I. Le recul du pouvoir discrétionnaire des États membres

Par leurs contrôles complémentaires, les institutions européennes font progressivement reculer le pouvoir discrétionnaire des États membres dans leur libre détermination des nationaux. Il revient à la Cour de justice d'avoir bâti la première une jurisprudence désormais consolidée contrôlant *indirectement* les mesures de perte et d'acquisition de la nationalité, via leurs conséquences sur le statut de citoyen de l'Union (A). Plus *directement*, la Commission s'est arrogée un droit de regard sur les législations des États membres, en particulier en matière de perte de nationalité, qui la conduit à participer elle-aussi à cette dynamique d'encadrement (B).

A. Le contrôle de la Cour de justice face à la mise en cause de la citoyenneté de l'Union

La Cour de justice ne s'intéresse pas directement aux nationalités des États membres. Si sa jurisprudence s'empare des questions de nationalité, c'est par le truchement de la mise en cause de la citoyenneté de l'Union, dans une logique de conformité aux traités et aux principes qu'elle dégage. Le contrôle ainsi opéré est particulièrement important, à la fois dans son étendue, au regard de la diversité des mesures que la Cour examine (perte comme refus d'acquisition), mais aussi dans son intensité, les juges examinant strictement les questions de proportionnalité (1). Le juge examine encore la légitimité des mesures des États membres en prenant appui sur un ensemble disparate de normes et principes qui émanent formellement ou matériellement du droit international de la nationalité (2).

1. Étendue et intensité du contrôle

Dans sa jurisprudence, la Cour de justice a posé les bases du droit européen de la nationalité. L'arrêt *Micheletti* a « paved the way »²³ en 1992 avec sa formule bien connue : « [l]a définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relevé, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre, compétence qui doit être exercée dans le respect du droit communautaire »²⁴. Cette obligation de respect du droit de l'Union est longtemps restée théorique en droit de la nationalité²⁵. Mais depuis les années 2010, la Cour a

²³ S. O'Leary, « Nationality Law and Community Citizenship : A Tale of Two Uneasy Bedfellows », *Yearbook of European Law*, 1992, vol. 12, n° 1, p. 369.

²⁴ CJCE 7 juill. 1992, *Micheletti*, préc., point 10. Dans le même sens, une décennie plus tard, v. CJCE, ass. plén., 19 oct. 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, Rec. 639.

²⁵ Elle est toutefois classique, l'exercice de toutes les compétences des États membres devant respecter le droit de l'Union, même celles « retenues » ; le champ matériel du droit de l'Union ne se retirent pas aux compétences des institutions. V. L. Azoulai, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in **N** Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2012, pp. 341-368 ; K. Lenaerts, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 421-442.

rendu quatre décisions – *Rottmann*²⁶ (2010), *Tjebbes*²⁷ (2019), *JY*²⁸ (2022) et *X*²⁹ (2023) – définissant progressivement le droit de l’Union que les États membres doivent respecter lorsqu’ils agissent dans le cadre de leur compétence en droit de la nationalité. Cette jurisprudence se caractérise par deux dynamiques : une extension continue de son champ d’application et une intensification de son contrôle concret fondé sur la proportionnalité.

Premièrement, le contrôle de la Cour de justice ne cesse de s’étendre ; initialement concentré dans les seules questions de perte de nationalité, il gagne désormais le refus d’acquisition de nationalité. L’affaire *Rottmann* concernait ainsi le retrait de la nationalité pour fraude. Dans cette affaire, le requérant, Janko Rottmann, avait obtenu la nationalité allemande en omettant de déclarer les infractions qu’il avait commises dans son pays d’origine, l’Autriche. Lorsque les autorités allemandes découvraient la fraude, la nationalité lui fut retirée. Entre-temps, il avait perdu sa nationalité autrichienne, ce pays rejetant traditionnellement la double nationalité. Le retrait de sa nationalité allemande l’a donc laissé apatride et, en ce qui nous concerne, sans citoyenneté de l’Union. La Cour reconnaissait dès lors sa compétence sur ce fondement, via l’article 20 TFUE selon une formule devenue rituelle : « la situation d’un citoyen de l’Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d’un État membre le plaçant, après qu’il a perdu la nationalité d’un autre État membre qu’il possédait à l’origine, dans une situation susceptible d’entraîner la perte du statut conféré par l’article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l’Union »³⁰. C’est ainsi la mise en cause de la citoyenneté de l’Union et la jouissance des droits qu’elle confère qui fonde la compétence de la Cour³¹. L’affaire *Tjebbes* concernait quant à elle la perte de la nationalité pour obsolescence (ou désuétude). Dans cette affaire, quatre requérantes avaient perdu leur nationalité néerlandaise après avoir émigré en dehors du territoire de l’Union européenne. La législation néerlandaise, particulièrement sévère en la matière, fait d’une expatriation de dix ans une cause de perte de la nationalité³², à condition qu’elle n’entraîne pas l’apatridie et que la rupture avec les Pays-Bas soit définitive (notamment par l’absence de demande de renouvellement du passeport). Là encore, cette perte par obsolescence conduisit à la perte de la citoyenneté de l’Union, aucune des requérantes n’ayant la nationalité d’un autre État membre. L’affaire *X*, jugée très récemment, s’inscrit dans la droite ligne de la précédente affaire puisqu’elle concerne encore la perte de la nationalité par désuétude. Elle met en cause la législation danoise, un peu plus complexe, qui prévoit la perte automatique de la nationalité des Danois, à l’âge de 22 ans, s’ils sont nés à l’étranger et n’ont jamais résidé sur le territoire, sauf à montrer une certaine « cohésion » avec le Danemark (qui se traduit administrativement par une exigence de séjour de plus d’un an avant cette date) ou à obtenir le maintien par décision ministérielle de la nationalité (moyennant la preuve de certaines attaches). La requérante, également de nationalité américaine, avait ainsi perdu la nationalité

²⁶ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, préc.

²⁷ CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, C-221/17, 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.

²⁸ CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY c/ Wiener Landesregierung*, C-118/20, D. 2022. 933, note J. Lepoutre ; Rev. crit. DIP 2022. 331, note E. Pataut ; RTD eur. 2022. 367, étude J. Rondou, et 570, obs. V. Réveillère.

²⁹ CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X c/ Udlændinge- og Integrationsministeriet*, C-689/21.

³⁰ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, préc, point 42.

³¹ Annonçant d’ailleurs les développements de l’affaire CJUE, gde ch., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, AJDA 2011. 479 ; ibid. 1082 ; ibid. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, note M. Houser ; D. 2011. 1325, note S. Corneloup ; ibid. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RDSS 2011. 449, note C. Boutayeb et A. Raccah ; RTD eur. 2011. 564, obs. E. Pataut ; ibid. 2012. 23, étude S. Platon.

³² Sur ce mode de perte de nationalité, v. J. Lepoutre, « When losing citizenship is fine : denationalisation and permanent expatriation », *Citizenship Studies*, 2020, vol. 24, n° 3, pp. 339-354.

danoise à ses 22 ans, n'ayant pas résidé plus d'un an avant cet âge. La grande chambre se reconnaît à nouveau compétente, selon une jurisprudence désormais consolidée, sur la base de la perte de la citoyenneté de l'Union.

Ce contrôle des mesures de pertes de la nationalité s'est récemment enrichi d'un contrôle des mesures de refus d'acquisition qui paraissait initialement « injustifiable »³³. L'arrêt *JY* étend en effet le contrôle de la Cour à un refus de naturalisation décidé par les autorités autrichiennes. Dans cette affaire, la requérante avait demandé la naturalisation en Autriche. Toutefois, cet État membre n'accorde pas la naturalisation tant qu'une personne conserve sa nationalité d'origine. À la suite de la délivrance d'une « assurance de naturalisation »³⁴ par le gouvernement autrichien, la requérante avait donc demandé à son État d'origine, l'Estonie, de renoncer à sa nationalité – ce qui lui fut accordé. De retour en Autriche, sans sa nationalité d'origine (et donc apatride), l'assurance de naturalisation de la requérante fut révoquée par le gouvernement autrichien en raison d'infractions mineures commises avant et après sa demande de naturalisation. La requérante s'est donc retrouvée sans nationalité et, par conséquent, sans citoyenneté de l'Union. La Cour contrôle ici une opération transnationale complexe³⁵, combinant la décision estonienne d'accorder la libération de la nationalité d'origine et le refus autrichien d'accorder la naturalisation. La grande chambre tente de voir dans la mesure autrichienne une décision ayant pour « effet de rendre définitive la perte du statut de citoyen de l'Union »³⁶, pour s'inscrire dans la continuité de ses précédents *Rottmann* et *Tjebbes* qui ne concernaient que la perte – et non le refus d'acquisition – de la citoyenneté. Pourtant, il n'en demeure pas moins que cet arrêt *JY* conduit la Cour à examiner pour la première fois un refus de naturalisation, certes imbriqué dans une exigence de perte préalable. Cette jurisprudence a certainement vocation à s'étendre, au-delà de cette situation d'espèce, à tous les cas de refus d'acquisition de la nationalité, moyennant une « européanisation de la naturalisation »³⁷.

Deuxièmement, la Cour a continué à renforcer son contrôle fondé sur le principe de proportionnalité. Dans l'affaire *Rottmann*, la grande chambre a posé les bases d'un test de proportionnalité qui met en balance la situation personnelle et familiale de la personne qui a perdu la citoyenneté de l'Union avec la gravité de l'infraction commise, le temps écoulé entre la naturalisation et le retrait de nationalité, et la possibilité de recouvrer la nationalité d'origine³⁸. Dans tous les arrêts suivants, ce contrôle s'est enrichi des dispositions de la Charte des droits fondamentaux (droit au respect de la vie privée et familiale et intérêt supérieur de l'enfant)³⁹. S'il appartient normalement au juge national de faire application de ce principe de proportionnalité, la Cour est allée jusqu'à juger elle-même dans l'affaire *JY* que les autorités autrichiennes n'avaient pas respecté ce principe, ne laissant pas au juge national le soin d'apprécier concrètement la situation. La grande chambre a sans doute été encouragée par l'attitude assez choquante de l'Autriche et de sa législation, laissant la requérante apatride après lui avoir promis la naturalisation, pour la simple raison qu'elle avait commis des infractions

³³ S. Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *JDI (Clunet)*, 2011, n° 3, doct. 7.

³⁴ Sur ce mécanisme, v. R. Bauböck et G. Valchars, « Non-Tolerance of Dual Citizenship in Austria », in R. Bauböck et M. Haller (dir.), *Dual Citizenship and Naturalisation. Global, Comparative and Austrian Perspectives*, Austrian Academy of Sciences Press, 2021.

³⁵ J. Lepoutre, « Promesse oblige ? Révocation par un État membre de l'Union de l'assurance de naturaliser », *D.* 2022. 18.

³⁶ CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., point 73.

³⁷ V. V. Reveillère, « Chronique Citoyenneté de l'Union européenne. Perte du statut de citoyen de l'Union et refus de naturalisation », *RTD eur.* 2022. 572.

³⁸ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, préc., points 55-58.

³⁹ V. CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, préc., point 45 ; CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., point 61 ; CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 55.

mineures au code de la route⁴⁰. On assiste donc à une nette intensification du contrôle de la Cour, fondée sur le principe de proportionnalité et la Charte des droits fondamentaux. D'ailleurs, le Danemark avait encouragé la Cour dans la récente affaire *X* à reconnaître aux États membre un « large pouvoir d'appréciation »⁴¹ dans la détermination de leur droit de la nationalité, ce que la Cour refuse, jugeant que « les règles nationales concernées doivent respecter »⁴² le droit de l'Union européenne – sans restreindre son contrôle donc.

Cette intensification tient également dans la reconnaissance d'obligations positives mises à la charge des États. La situation est particulièrement nette en matière de perte de la nationalité par désuétude, dont la Cour examine la conformité au droit de l'Union dans les affaires *Tjebbes* et *X*. Deux obligations positives se dégagent de cet arrêt. La première a trait à l'obligation procédurale faite aux États membres de prévoir, lorsqu'une perte de la nationalité intervient de plein droit (automatiquement) par désuétude, un examen individuel de la situation de l'intéressé, ainsi que la possibilité de recouvrer la nationalité rétroactivement (*ex tunc*) si la perte est disproportionnée⁴³, à la condition que la demande soit présentée dans un délai raisonnable⁴⁴. Par ailleurs, il se déduit de l'arrêt *Tjebbes* et des conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'arrêt *X* qu'une autre obligation, matérielle cette fois, est mise à la charge des États. Elle consiste à limiter la perte de la nationalité par désuétude aux cas de résidence hors du territoire de l'Union européenne, sur le fondement de la protection de la liberté de circulation prévue à l'article 21, § 1 TFUE. Dans l'arrêt *Tjebbes* en effet, la Cour précise – en passant – que la résidence « 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 »⁴⁵. Autrement dit, la grande chambre laisse entrevoir la contrariété au droit de l'Union d'une perte par désuétude intervenant à la suite d'une résidence prolongée au sein d'un autre État membre. L'avocat général Szpunar confirme clairement cette appréciation en indiquant dans ses conclusions sur l'affaire *X*, à l'invitation d'ailleurs de la Commission, que « le fait qu'un citoyen de l'Union puisse perdre sa nationalité du fait d'avoir établi sa résidence dans un État membre autre que celui dont il possède cette nationalité restreint, à mon avis, de manière disproportionnée le droit de libre circulation et de séjour de ce citoyen »⁴⁶.

Sur la base de cette jurisprudence, la Cour contribue à tracer la ligne de démarcation entre les critères admissibles et inadmissibles d'obtention et de perte de la nationalité. Cet examen est à la fois approfondi et solide, et impose des contraintes importantes aux États membres.

2. Un contrôle de légitimité basé sur le droit international

Pour donner de la densité à son contrôle, la Cour s'adjoint un ensemble d'éléments disparates fondés directement ou indirectement sur le droit international de la nationalité. Le droit international est en effet le support, au moins matériel, des options juridiques suivies par le juge européen. Lorsque la grande chambre examine, préalablement à la proportionnalité de la mesure, sa légitimité, elle dégage de manière prétorienne de grands principes venant structurer les actions licites et illicites des États. Ainsi, dans les affaires *Rottmann* et *JY*, à propos respectivement du retrait pour fraude conduisant à l'apatridie ou à la révocation d'une assurance de naturalisation pour prohiber la double nationalité, la Cour dégage elle-même le principe

⁴⁰ CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., points 58-74.

⁴¹ CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 26.

⁴² *Ibid.*, point 28.

⁴³ CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, préc., point 42 ; CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 50.

⁴⁴ Ce qui forme d'ailleurs l'un des apports de l'affaire CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 43.

⁴⁵ CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, préc., point 36.

⁴⁶ Concl. de l'av. gén. Szpunar dans l'aff. C-689/21, *X c/ Udlændinge- og Integrationsministeriet*, point 65.

selon lequel au « fondement du lien de nationalité » se trouve « le rapport particulier de solidarité et de loyauté entre [l'État membre] et ses ressortissants ainsi que la réciprocité de droits et de devoirs »⁴⁷. Dans les affaires *Tjebbes* et *X*, à propos de la perte de nationalité par désuétude, la Cour indique que « la nationalité traduit la manifestation d'un lien de rattachement effectif avec cet État membre »⁴⁸. Difficile de ne pas voir ici les déclinaisons du *dictum* de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm*⁴⁹, jamais cité par la grande chambre pourtant, qui mentionnait déjà la réciprocité des droits et des devoirs mais aussi et surtout le principe d'un rattachement effectif⁵⁰. L'ensemble donne une densité théorique au contrôle de la Cour, qui se fonde par ailleurs très directement sur le droit international conventionnel.

Pour examiner la légitimité des mesures adoptées par les États, la Cour de justice recourt beaucoup aux deux conventions phares du droit international de la nationalité, la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie et la Convention européenne de 1997 sur la nationalité. En d'autres termes, au fil des décisions de la Cour, la légitimité de la législation des États membres se confond souvent avec la licéité internationale. L'acceptabilité de cette jurisprudence par les États membres repose sur une base internationale assez bien établie. La jurisprudence, à ce jour, reprend et s'aligne sur les normes internationales relatives à la nationalité (même si celles-ci n'ont pas toujours été ratifiées par tous les États membres de l'Union, elles cristallisent un minimum accepté par les États). Dans les affaires *Rottmann* et *Tjebbes*, la Cour a ainsi conclu sur la base de ces traités que les actions des États membres étaient légitimes en raison de l'existence de dispositions internationales autorisant explicitement le retrait pour cause de fraude⁵¹ ou la perte d'une nationalité devenue obsolète⁵². Ce poids du droit international va toutefois décroissant dans les deux dernières affaires jugées par la grande chambre.

L'affaire *JY* révèle l'hésitation de la Cour à déclarer que la législation d'un État membre n'est pas légitime, même si les conditions semblent réunies⁵³. Dans cette décision, la Cour n'a pas remis en cause la compatibilité du droit de l'Union avec la révocation d'une promesse de naturaliser. Cette législation a toutefois pour effet de rendre les individus apatrides en attendant que la naturalisation (autrichienne) soit prononcée, dans l'objectif d'éviter à tout prix qu'une double nationalité puisse exister à un moment donné de la procédure. L'Autriche exige ainsi des candidats à la naturalisation qu'ils renoncent à leur nationalité d'origine avant d'acquérir sa nationalité, tout en donnant une assurance relative et révocable que la naturalisation sera accordée. Si la Cour a sanctionné l'Autriche au titre de la proportionnalité (voir *supra*), le droit international donnait toutefois des éléments pour reconnaître plus généralement l'illégitimité d'un tel dispositif. En effet, l'article 7, § 2 de la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie dispose qu'« [u]n individu possédant la nationalité d'un État contractant et qui sollicite la naturalisation dans un pays étranger ne perd sa nationalité que s'il acquiert ou a reçu l'assurance d'acquérir la nationalité de ce pays ». La Convention ne précise toutefois pas si cette assurance est révocable ou non. Les « Conclusions de Tunis », élaborées par une réunion

⁴⁷ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, préc., point 51 ; CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., point 52.

⁴⁸ CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, préc., point 35 (la formule est légèrement différente) ; CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 32.

⁴⁹ V. CIJ 6 avr. 1955, *Nottebohm*, préc., p. 23 : « la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État ».

⁵⁰ V. É. Pataut, « Chronique Citoyenneté de l'UE. Quand la Cour s'empare de l'effectivité », RTD eur. 2019. 722.

⁵¹ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, préc., points 51-54.

⁵² CJUE, gde ch., 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, préc., points 33-39.

⁵³ CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., points 52-55.

d'experts de haut niveau chargés d'interpréter cet instrument, apportent une aide précieuse à ce sujet. Sur ce point précis, les experts ont estimé que « *it is only acceptable to allow for loss of nationality if the assurance is unconditional* »⁵⁴. La Cour aurait alors pu juger, dans la droite ligne de ces conclusions, que le mécanisme autrichien était illégitime, en raison de sa conformité douteuse aux normes internationales⁵⁵ – ce qu'elle ne fit pas en économisant cette question. L'explication la plus convaincante de cette renonciation est certainement la possibilité de sanctionner l'Autriche sur la base de la proportionnalité, qui est par définition plus casuistique, alors que la reconnaissance de l'illégitimité des dispositions autrichiennes sur l'accès à la nationalité aurait amené à censurer plus ouvertement un État membre, et ainsi « heurter frontalement la compétence retenue des États membres »⁵⁶.

L'affaire X montre que la place du droit international continue de régresser, plus formellement, dans la jurisprudence de la Cour. Cette affaire conduit pour la première fois la Cour à ne faire aucune mention du droit international. Si elle renvoie allégrement à ses propres précédents qui fondent eux-mêmes leur appréciation sur les traités en matière de nationalité, la grande chambre évite dans le dernier état de sa jurisprudence de recourir directement aux grandes conventions. Le contrôle de légitimité que la Cour opère tend donc à s'autonomiser du droit international de la nationalité, ce qui montre sans doute un certain degré de maturité du contrôle, après plus d'une décennie de jurisprudences. Les traités, la Charte et les principes dégagés par le juge forment donc les grands déterminants du contrôle de la Cour à l'égard des États membres lorsqu'ils agissent en droit de la nationalité – tout en s'appuyant, matériellement ou formellement, sur des dispositions de droit international. Cette dynamique est confirmée par le contrôle direct qu'exerce désormais la Commission.

B. Le contrôle de la Commission face à la vente de la citoyenneté de l'Union

La Commission s'intéresse plus directement aux législations des États membres. C'est l'affaire maltaise de la « vente des passeports » qui a conduit cette institution à observer de près comment la nationalité s'acquière. Face à la volonté de Malte de donner sa nationalité en échange d'un conséquent investissement, sans aucune condition de résidence, la Commission à chercher à cantonner puis à réprimer un tel mécanisme, formant dernièrement un recours en manquement, aujourd'hui pendant devant la Cour (1). Le fondement de l'action repose sans surprise sur l'existence même de la citoyenneté de l'Union – ce que Malte « vend » en réalité, davantage que sa seule nationalité –, mais aussi sur une combinaison audacieuse du principe de coopération loyale et du principe de la nationalité effective, à mi-chemin entre droit international et droit constitutionnel (2).

1. L'action répressive de la Commission

Le contrôle de la légitimité des législations nationales est en plein développement devant d'autres institutions européennes, dans le cadre de la citoyenneté par l'investissement. Il s'agit

⁵⁴ HCR, *Expert Meeting. Interpreting the 1961 Statelessness Convention and Avoiding Statelessness resulting from Loss and Deprivation of Nationality. Summary Conclusions*, UNHCR Press 2013, p. 10, § 44.

⁵⁵ D'après les termes mêmes de l'avocat général Szpunar dans cette affaire, v. concl. de l'av. gén. Szpunar dans l'aff. C-118/20, *JY c/ Wiener Landesregierung*, point 95 : « j'éprouve des doutes en ce qui concerne la légitimité, au regard du droit international, d'une réglementation, telle que l'article 20, paragraphe 2, du StbG, qui permet la révocation de cette assurance lorsque l'intéressé ne remplit plus ne serait-ce que l'une des conditions requises pour l'octroi de la nationalité, telle que celle prévue à l'article 10, paragraphe 1, point 6, de ladite loi, le confrontant ainsi à une situation d'apatridie ».

⁵⁶ J. Rondu, « Les limites du contrôle de proportionnalité face à la précarisation du statut fondamental de citoyen », RTD eur. 2022. 367.

d'un phénomène assez récent au sein de l'Union, particulièrement concrétisé dans les actions de la Commission depuis 2013⁵⁷.

En 2013, le gouvernement maltais décidait d'introduire un programme de vente de la nationalité appelé « Individual Investor Programme », modifiant les dispositions de la loi sur la nationalité maltaise. Le mécanisme nouveau prévoyait un prix de vente de la nationalité fixé à 1,15 million d'euros (principalement réparti entre une donation à l'État et un investissement immobilier), et n'incluait *aucune* condition de résidence avant la naturalisation, ni aucune condition de résidence au moment de la naturalisation ou après celle-ci. Ce programme a rapidement attiré l'attention des institutions européennes. Plusieurs groupes parlementaires européens (de tous bords politiques) ont alors déposé un projet de résolution commune condamnant cette pratique. Le 15 janvier 2014, lors des discussions sur ce projet de résolution, Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne, fait connaître la position de la Commission et déclare que la citoyenneté de l'Union « *is a fundamental element of our Union and one cannot put a price tag on it* »⁵⁸. Le lendemain, le Parlement adopte une résolution sur la vente de la citoyenneté européenne dans laquelle, notamment, il « prie Malte de mettre son régime d'octroi de la citoyenneté en conformité avec les valeurs de l'Union »⁵⁹.

Face au risque d'ouverture d'une procédure d'infraction en manquement, un temps envisagée par la Commission (et relancée pour de bon quelques années plus tard), Malte accepte de participer à une session de négociation sur son programme de vente de nationalité. Il en résulte un communiqué commun avec la Commission adopté le 29 janvier 2014 dans lequel Malte a accepté d'introduire une condition de résidence de douze mois avant la naturalisation afin de garantir des « *genuine links* »⁶⁰ (liens authentiques) entre le postulant et l'État. Toutefois, ce compromis est par la suite remis en cause par deux réinterprétations discrètes des autorités maltaises. Malte établit d'abord que la règle des douze mois de résidence devait être interprétée sur le modèle de la domiciliation à des fins fiscales, c'est-à-dire une présence physique d'au moins 183 jours sur une période de douze mois. Ensuite, et de manière beaucoup plus contestable, les mêmes autorités considèrent officiellement en 2015 que les conditions de résidence « *do not include the requirement of physical presence* »⁶¹, contournant ainsi leur engagement – et le sens ordinaire des mots.

En réaction, après un *monitoring* de la situation, la Commission publie le 23 janvier 2019 un rapport consacré à l'accès à la citoyenneté européenne par l'investissement dans lequel elle indique *notamment* qu'un tel mode d'acquisition est contraire à la notion même de citoyenneté de l'Union prévue à l'article 20 TFUE, mais aussi au principe de coopération loyale prévu par l'article 4, § 3 TUE (voy. *infra*)⁶². À la suite, la Commission ouvre une procédure formelle d'infraction le 20 octobre 2020 en envoyant une lettre de mise en demeure à Malte et à Chypre

⁵⁷ Voy. J. Džankić, « Immigrant investor programmes in the European Union », *Journal of Contemporary European Studies*, 2018, vol. 26, n° 1, pp. 64-80 ; *The global market for investor citizenship*, Palgrave Macmillan 2019.

⁵⁸ Parlement européen, *Débats*, 15 janvier 2014, CRE 17.

⁵⁹ Parlement européen, « Résolution sur la citoyenneté de l'UE à vendre », 16 janvier 2014, n° 2013/2995(RSP).

⁶⁰ Commission européenne, « Joint Press Statement by the European Commission and the Maltese Authorities on Malta's Individual Investor Programme (IIP) », Bruxelles, 29 janvier 2014, MEMO/14/70.

⁶¹ Office of the Regulator, « Fourth Annual Report on the Individual Investor Programme of the Government of Malta », La Valette, 2017, p. 30-32, citant une consultation *ad hoc* de Dimitry Kochenov.

⁶² Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions. Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », 23 janvier 2019, COM(2019) 12 final.

en vertu de l'article 258 TFUE⁶³. Après une mise en demeure complémentaire et l'envoi d'un avis motivé⁶⁴, et compte tenu du refus de Malte de cesser de vendre sa nationalité (contrairement à Chypre), la Commission a adressé à Malte un second avis motivé le 6 avril 2022, et a annoncé saisir la Cour de justice le 29 septembre 2022⁶⁵, ce qui fut formellement accompli le 21 mars 2023⁶⁶. La position a été récemment résumée, plutôt discrètement, par la Commission dans son dernier rapport sur la citoyenneté⁶⁷.

Par ailleurs, l'action de la Commission a trouvé un support inattendu dans le conflit ukrainien. En effet, plusieurs oligarques russes ont « acheté » la citoyenneté de l'Union avant le conflit, ce qui leur a permis d'échapper à certaines des mesures restrictives dirigées contre les individus menaçant l'intégrité territoriale de l'Ukraine, en particulier les interdictions territoriales organisées depuis 2014. La Commission a saisi cette occasion pour renforcer ses critiques à l'égard des programmes de citoyenneté par l'investissement, allant même jusqu'à inclure cet objectif dans le communiqué conjoint publié avec les États-Unis dans le contexte de la guerre en 2022⁶⁸. Plus important encore, la Commission a publié une « recommandation » formelle le 28 mars 2022⁶⁹, appelant les États à « *immediately repeal* » (abroger immédiatement) tout programme de citoyenneté par investissement au profit d'individus « *without a genuine link with the Member States* » (sans lien véritable avec un État membre). Cette même recommandation encourage les États membres qui ont naturalisé des ressortissants russes ou biélorusses à la suite de leur investissement à leur retirer leur citoyenneté s'ils font l'objet de mesures restrictives imposées par l'Union, ou plus généralement s'ils soutiennent la guerre en Ukraine. La recommandation utilise, assez timidement, la notion de « *nationality withdrawn* » (retrait de nationalité), alors qu'il s'agit bel et bien d'une déchéance de nationalité (en tant que sanction). Suivant ces principes, Malte et Chypre auraient révoqué la nationalité, selon les déclarations de leurs autorités, de dizaines⁷⁰ de leurs nationaux d'origine russe, naturalisés via des programmes d'investissement, qui, par exemple, auraient eu des liens avec les services de renseignement russes⁷¹.

Toujours sur le plan de l'action extérieure et de ses liens avec le traitement interne de la citoyenneté par l'investissement, la Commission engage une politique assez ferme à l'égard des programmes étrangers de vente de la nationalité. Les pays dispensés de visa court séjour pour entrer sur le territoire de l'Union en vertu d'accords bilatéraux en font souvent un « argument

⁶³ Commission européenne, « Communiqué de presse. Programmes de citoyenneté par investissement : la Commission européenne ouvre des procédures d'infraction contre Chypre et Malte au motif que ces pays ont “vendu” la citoyenneté de l'UE », 20 octobre 2020, IP/20/1925.

⁶⁴ Commission européenne, « Programmes de citoyenneté par investissement : la Commission européenne demande instamment à Chypre et à Malte de cesser de “vendre” la citoyenneté de l'Union », 9 juin 2021, INF/21/2743.

⁶⁵ Commission européenne, « Programme de citoyenneté par investissement : la Commission saisit la Cour de justice d'un recours contre Malte », 29 septembre 2022, IP/22/5422.

⁶⁶ JOUE, 15 mai 2023, C 173/27. L'affaire est enregistrée sous le numéro C-181/23.

⁶⁷ Commission européenne, « Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions under article 25 TFEU on progress towards effective EU citizenship 2020-2023 », 6 décembre 2023, COM(2023) 931 final, pp. 9-10.

⁶⁸ The White House, « Joint Statement on Further Restrictive Economic Measures », 26 février 2022 : « *we commit to taking measures to limit the sale of citizenship – so called golden passports – that let wealthy Russians connected to the Russian government become citizens of our countries and gain access to our financial systems* ».

⁶⁹ Commission européenne, « Recommendation on immediate steps in the context of the Russian invasion of Ukraine in relation to investor citizenship schemes and investor residence schemes », 28 mars 2022, C(2022) 2028 final, p. 6.

⁷⁰ « Dutzende Russen verlieren “goldene Pässe” », *Der Spiegel*, 12 mai 2023.

⁷¹ B. Borg et I. Martin, « Russian stripped of Maltese citizenship after being named on US sanctions list », *Times of Malta*, 1^{er} avril 2022.

de vente » dans le cadre de leurs programmes de naturalisation par l'investissement. La Commission considère que « la vente d'un accès sans visa à l'Union à des ressortissants qui seraient autrement soumis à l'obligation de visa est contraire à l'esprit des accords bilatéraux d'exemption de visa en vigueur »⁷². Elle a ainsi proposé et obtenu du Conseil en 2022 et 2023 la suspension de l'accord d'exemption de visa avec le Vanuatu en raison du programme de vente que celui-ci opère⁷³. La décision du Conseil mentionne notamment qu'il n'existe « aucun lien préalable »⁷⁴ entre le Vanuatu et les individus naturalisés à la suite de leur investissement. Des décisions de même nature pourrait suivre pour les pays de la zone Caraïbe. Sur le territoire européen, la Commission a également formulé « des recommandations explicites visant à supprimer progressivement ou à s'abstenir d'adopter des programmes de citoyenneté par investissement »⁷⁵, en particulier à l'égard de l'Albanie, le Monténégro et la Macédoine du Nord – recommandations suivies par les deux premiers. L'existence d'un programme de vente de la nationalité pourrait ainsi devenir, selon les vœux de la Commission, un motif explicite de suspension de tout accord de visa.

Cette politique juridique, beaucoup plus directe que celle de la Cour de justice, et directement orientée vers des programmes d'acquisition de la nationalité, possède une légitimité juridique qui doit encore être confirmée.

2. Le principe de coopération loyale et la nationalité effective

Les actions de la Commission européenne contre ces programmes de nationalité par l'investissement, sans condition de résidence, se fondent sur une lecture combinée de l'article 20 TFUE (comme la Cour de justice) et de l'article 4, § 3 TUE relatif à la coopération loyale. Vendre la nationalité sans aucun lien effectif de rattachement serait ainsi déloyal. Quelle est la valeur de cette argumentation ?

L'article 4, § 3 TUE dispose que « en vertu du principe de coopération loyale », « les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». Ce principe contraint ainsi les États membres à utiliser leurs compétences dans des finalités conformes aux objectifs de la construction européenne. En d'autres termes, le droit international reconnaît ici, entre autres, une interdiction de l'abus de droit⁷⁶ ou une obligation de bonne foi⁷⁷, puisque par l'effet de cet article, l'utilisation des compétences de l'État est limitée à une finalité sociale compatible avec les exigences de l'ordre juridique de l'Union. Ce même principe de coopération loyale fait encore écho au droit constitutionnel. En effet, sur le modèle de l'Allemagne, ce principe s'inscrit dans le sillage de la « loyauté fédérale » (*Bundestreue*), une référence majeure pour le principe de coopération loyale dans l'ordre juridique de l'Union⁷⁸.

Dans cette optique, la Commission considère que la loyauté des relations au sein de l'Union implique que seuls les ressortissants qui ont un lien réel avec les États membres ou leurs populations devraient être autorisés à acquérir la citoyenneté de l'Union. La formalisation de

⁷² Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au suivi des régimes d'exemption de visa de l'UE », 30 mai 2023, COM(2023) 297 final, p. 10.

⁷³ Décision 2022/2198 du Conseil du 8 novembre 2022 concernant la suspension totale de l'application de l'accord entre l'Union européenne et la République du Vanuatu relatif à l'exemption de visa de court séjour.

⁷⁴ *Ibid.*, cons. 4.

⁷⁵ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative au suivi des régimes d'exemption de visa de l'UE », préc., p. 8.

⁷⁶ V. H. Lauterpacht, *The function of law in the international community*, Clarendon Press, 1933, pp. 294 et s.

⁷⁷ V. R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, PUF, 2000, pp. 395 et s.

⁷⁸ V., notamment, M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, 2014.

cet argument est toutefois récente. Le principe de coopération loyale prévu à l'article 4, § 3 TUE n'apparaît qu'en note de bas de page dans le rapport précité de 2019⁷⁹, et il n'est explicitement combiné avec l'article 20 TFUE que depuis l'ouverture formelle de la procédure d'infraction à l'encontre de Malte en septembre dernier 2022. Il y a donc eu des hésitations lorsqu'il s'est agi d'établir la base juridique de la procédure. Et de fait, jusqu'à ce jour, la Commission n'a jamais vraiment expliqué en détail en quoi le programme de citoyenneté par l'investissement mettait en péril les objectifs de l'Union européenne.

L'argument de la Commission repose en réalité sur une certaine vision de la nationalité, dont la citoyenneté de l'Union se doit d'être le reflet. Dans son rapport de 2019, la Commission a exprimé avec une grande netteté que la nationalité doit recouvrir une réalité matérielle prise dans un rattachement effectif avec un État membre ou sa population : « [s]ince under Article 20 TFEU, citizenship of the Union is an automatic consequence of holding nationality of a Member State and a host Member State cannot limit the rights of naturalised Union citizens on grounds that they acquired the nationality of another Member State without any link with that awarding Member State, each Member State needs to ensure that nationality is not awarded absent any genuine link to the country or its citizens »⁸⁰. La Commission s'aligne ici sur l'arrêt *Nottebohm* (qu'elle cite explicitement), et son romantisme, pour considérer que la citoyenneté doit refléter socialement un rattachement (territorial ou familial). De fait, l'arrêt *Nottebohm*, qui a consacré la doctrine du « *genuine link* »⁸¹, s'est inscrit dès l'origine dans une approche substantielle de la nationalité qui fait de cette dernière l'expression d'un fait social de rattachement, et pas seulement un statut purement formel et arbitraire entre les mains des États⁸². Si l'arrêt n'a pas réglé la question de ce qui forme positivement un fait social de rattachement, il a au moins établi que lorsqu'aucun fait social n'existe, la nationalité est inopposable en droit international⁸³. On aurait donc tort de chercher dans *Nottebohm* un ensemble légitimes de normes – bien que l'arrêt soit parfois le point de départ de réflexions en théorie politique⁸⁴. Celui-ci se borne à fixer le principe qu'en l'absence de rattachement effectif, la nationalité est juridiquement inexistante dans l'ordre juridique considéré. C'est précisément cette argumentation que suit la Commission européenne en l'intégrant, au moyen de l'article 4, § 3 TUE (le principe de coopération loyale), à l'article 20 TFUE (la citoyenneté de l'Union), considérant ainsi que la citoyenneté de l'Union doit être loyalement conférée, c'est-à-dire à la condition de l'existence d'un rattachement effectif soit à l'État membre, soit à sa population.

Cette manière de substantier la nationalité donne une densité certaine à la citoyenneté de l'Union. Cela traduit clairement une volonté constitutionnelle de construction politique d'une citoyenneté commune impliquant le caractère raisonnable et adéquat des politiques menées par les États membres. Cette idée a d'ailleurs été défendue, bien que théoriquement, dans la

⁷⁹ Commission européenne, « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et au Comité des Régions. Programmes de citoyenneté et de résidence par investissement dans l'Union européenne », préc., p. 7, note 31.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁸¹ Mais ne l'a pas inventée, v. J. Lepoutre, *Nationalité et Souveraineté*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 324-332.

⁸² Pour un aperçu des critiques de l'époque, voir F. Castro, « La nationalité, la double nationalité et la supranationalité », *RCADI*, 1961, vol. 102, pp. 582 et s.

⁸³ C'était le cas de *Nottebohm*, ressortissant du Lichtenstein qui n'avait, au moment des faits, séjourné que quelques jours sur le territoire de cet État. La Cour internationale de Justice en déduit l'irrecevabilité de l'action en protection diplomatique engagée par le Lichtenstein au profit de son ressortissant, avec qui l'État ne possédait pas un lien effectif de rattachement.

⁸⁴ V., par exemple, R. Bauböck et V. Paskalev, « Cutting genuine links : a normative analysis of citizenship deprivation », *Georgetown immigration law journal*, 2015, vol. 30, n° 1, pp. 47-104 ; A. Shachar, *The Birthright Lottery : Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, 2009, pp. 166 et s. (autour du concept de *jus nexi*).

littérature des années 1990 et du début des années 2000⁸⁵. C'est bien à ce titre que la coopération loyale vient au support de l'interprétation de la Cour. C'est la loyauté vis-à-vis de la construction européenne qui s'oppose à faire de la citoyenneté de l'Union une coquille vide, dont les règles seraient laissées à l'arbitraire des États membres. C'est encore la loyauté entre États membres qui impose cette mesure. En conférant la citoyenneté via un programme d'investissement sans condition de résidence, les autorités maltaises vendent avant tout des droits d'accès aux services publics et privés des autres États membres, que Malte ne possède ni n'organise. Ce que Malte vend, c'est la liberté de séjour au sein des autres États membres, en particulier les plus riches, avec le bénéfice du principe de non-discrimination. En d'autres termes, Malte offre ce qu'elle ne possède pas en échange d'un gain financier. La déloyauté tient encore ici d'une forme d'enrichissement sans cause⁸⁶.

Néanmoins, le principe de coopération loyale n'a encore jamais été utilisé par la Cour de justice pour s'attaquer à des prérogatives aussi réservées, aussi souveraines, que la nationalité. Traditionnellement, la coopération loyale n'a fait que renforcer des obligations préexistantes, par exemple en matière de libre circulation des marchandises⁸⁷, de conséquences illicites d'une violation du droit de l'Union⁸⁸, ou encore de coopération judiciaire dans le cadre du mandat d'arrêt européen⁸⁹. Le principe de coopération loyale est-il suffisamment fort pour contraindre le droit de la nationalité des États membres, par le biais de la citoyenneté de l'Union ? Les arguments de principe s'articulent certainement autour du caractère perçu ou non comme fondamental de la citoyenneté : plus ce statut est considéré comme fondamental, moins les États membres peuvent agir sans sincérité. La Cour reconnaît déjà non seulement le caractère fondamental de la citoyenneté, mais aussi la légitimité d'une exigence de lien effectif entre un État membre et ses ressortissants (voy. *supra*). Ces éléments vont compter. Sans oublier que la guerre ukrainienne montre que les enjeux de principe recourent les préoccupations stratégiques.

Il reviendra donc à la Cour, sur ce fondement, de trancher la question de la conformité de ces programmes à la combinaison des articles 4, § 3 TUE et 20 TFUE. Comme l'écrivait Étienne Pataut récemment, « [l]a condamnation, quoiqu'incertaine, n'est donc pas exclue »⁹⁰. Lorsque la Cour se sera prononcée, quelle que soit l'issue, les deux dynamiques de la Cour de justice et de la Commission se rejoindront. La décision rendue à propos de la conformité au droit de l'Union des programmes de vente de la nationalité intégrera l'édifice jurisprudentiel déjà bâti, et sur lequel il pourra d'ailleurs s'appuyer. Comme ailleurs, il pourrait apparaître souhaitable qu'une phase préventive, davantage basée sur la coordination, le rapprochement ou l'harmonisation puisse entrer en œuvre.

⁸⁵ V. S. Hall, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 64-73 et G.-R. de Groot, « Towards a European nationality law », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, vol. 8, n° 3, pp. 12-14.

⁸⁶ V., plus largement, S. Carrera, « How Much Does EU Citizenship Cost ? The Maltese Citizenship-for-Sale Affair : A Breakthrough for Sincere Cooperation in Citizenship of the Union ? », *Liberty and Security in Europe Paper*, 2014, n° 64, pp. 22-29.

⁸⁷ V., par exemple, CJUE 9 déc. 1997, *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-265/95, Rec. 6959.

⁸⁸ V., par exemple, CJUE 14 oct. 2020, *SC Valoris SRL c. Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Craiova*, C-677/19, point 21.

⁸⁹ V., par exemple, CJUE, gde ch., 22 févr. 2022, *X et Y*, C-562/21 PPU et C-563/21 PPU (aff. jointes), point 48.

⁹⁰ É. Pataut, « Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *Rev. crit. DIP.* 2021. 747.

II. Le maintien de la compétence exclusive des États membres

Il n'existe pas, à ce stade, d'action des institutions européennes tendant à organiser collectivement (coordination, rapprochement ou harmonisation) les normes relatives à l'acquisition et à la perte de la nationalité des États membres. Pourtant, le caractère supposé fondamental de la citoyenneté ou le mouvement du fédéralisme pourraient y conduire (A). Mais de fait, il manque aux institutions une base de compétence pour agir législativement, ce qui relègue toute action préventive dans le champ incertain de la coordination, l'encouragement ou l'appui (B).

A. Le sens d'une action préventive de l'Union

La place de la citoyenneté de l'Union est ambiguë dans le système institutionnel. Les États membres ont organisé un système dérivatif qui maintient leur maîtrise du statut de citoyen. Pour autant, les institutions investissent aussi la citoyenneté dont la nature fondamentale dans la construction européenne est régulièrement rappelée (1). C'est cette fundamentalité qui fait de l'harmonisation le mouvement logique de toute association d'États où existe un statut commun régissant la libre circulation et l'exercice de droits politiques (2).

1. La place ambivalente de la citoyenneté de l'Union

Tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Commission européenne fondent leurs actions sur l'existence même de la citoyenneté de l'Union. L'article 20 du TFUE sur la citoyenneté de l'Union justifie à lui seul l'intervention de la Cour de justice dans son contentieux relatif à la perte ou à l'acquisition de la citoyenneté de l'Union. Le même article sature les arguments de la Commission lorsqu'elle remet en cause la citoyenneté par l'investissement. C'est logique. Cette nouvelle citoyenneté européenne, née dans les années 1990, a une dimension constitutionnelle⁹¹ qui légitime l'action des institutions européennes.

En effet, depuis le traité de Maastricht (art. 8), « [e]st citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre ». Ce lien automatique entre la citoyenneté européenne et la nationalité des États a été largement confirmé par les traités ultérieurs, dont le dernier précise, aux articles 9 TUE et 20 TFUE, que « [l]a citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». L'existence même des nationalités des États membres est en outre certainement garantie implicitement par les dispositions de l'article 4, § 2 TUE qui protègent l'« identité nationale [des États membres], inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». Cette nouvelle citoyenneté est donc de nature dérivée, avec un *primat* des nationalités des États membres⁹². Elle est également confirmée par la déclaration n° 2 annexée au traité de Maastricht, qui indique que « chaque fois que le traité instituant la Communauté européenne fait référence aux ressortissants des États membres, la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel État membre est réglée uniquement par

⁹¹ V., parmi une vaste littérature, M. La Torre, « Citizenship, Constitution and the European Union », in M. La Torre (dir.), *European Citizenship. An institutional challenge*, Kluwer, 1998, pp. 435-457 ; A. Wesemann, « The power of the norm : EU citizenship as constitutional right » et D. Thym, « The evolution of citizens' rights in light of the EU's constitutional development », in D. Kostakopoulou et D. Thym (dir.), *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy. Navigating Challenges and Crises*, Elgar, 2022, pp. 13-31 et pp. 49-69.

⁹² R. Bauböck, « The Three Levels of Citizenship within the European Union », *German Law Journal*, 2014, vol. 15, n° 5, p. 751 ; L. J. Wagner, « Member State nationality under EU law. To be or not to be a Union Citizen ? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, vol. 28, n° 3, p. 304.

référence au droit national de l'État concerné ». La nature automatique de la relation entre la nationalité des États membres et la citoyenneté de l'Union a été récemment confirmée par la Cour de justice dans l'affaire *EP c. Préfet du Gers*⁹³. Dans le contexte post-Brexit, des requérants britanniques souhaitaient faire juger qu'ils jouissaient toujours de la citoyenneté de l'Union, malgré l'accord de retrait. La Cour a jugé, sans surprise, que les traités établissent « un lien indissociable et exclusif entre la possession de la nationalité d'un État membre et l'acquisition, mais également la conservation, du statut de citoyen de l'Union »⁹⁴. La Cour a ainsi rappelé, à bon compte, l'existence d'une communauté politique européenne et la frontière qu'elle dessine entre les *insiders* et les *outsiders*.

Cependant, cette articulation ne dit pas grand-chose de la place réelle occupée par la citoyenneté de l'Union dans les revendications des institutions. Le signal le plus clair de l'importance de la citoyenneté est le célèbre *dictum* de la Cour dans l'affaire *Grzelczyk* en 2001 : « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »⁹⁵, dont la Cour a rappelé le caractère de « jurisprudence constante »⁹⁶ dans l'affaire *JY*. Cette formule a même récemment évolué. Si la citoyenneté de l'Union n'avait jusqu'alors que « vocation » à être un statut fondamental, la grande chambre, dans l'affaire *X*, juge désormais de manière plus immédiate que le « statut de citoyen de l'Union [...] constitue le statut fondamental des ressortissants des États membres »⁹⁷. Cette nature fondamentale, combinée au « respect du droit communautaire »⁹⁸ exprimée dès l'affaire *Micheletti*, façonne le principe d'action des institutions de l'Union. L'institution (au sens fort, selon les termes des traités⁹⁹) d'une citoyenneté commune crée une sorte de droit pour les institutions d'examiner les politiques des États membres à la lumière du droit de l'Union et de ses contraintes. Comme l'écrit Jérémy Heymann, « la citoyenneté de l'Union paraît devoir témoigner de l'existence d'un processus fédératif au sein de l'Union européenne »¹⁰⁰, et le droit comparé éclaire précisément ce mouvement qui paraît presque « naturel ».

2. Le fédéralisme comparé

L'accaparement plus ou moins progressif des prérogatives des États fédérés par l'État fédéral en matière de nationalité est un trait saillant des constructions fédérales. Ces dernières (en particulier les États-Unis, l'Allemagne et la Suisse) forment un point de comparaison pertinent pour observer les mouvements contemporains à l'œuvre au sein de l'Union¹⁰¹.

Aux États-Unis d'abord, dans la situation coloniale, c'est le droit anglais qui s'applique, il y coexiste donc deux voies d'accès à la nationalité : l'attribution par le droit du sol (en application du droit de common law et en particulier du *Calvin's case*¹⁰²), et l'acquisition par la

⁹³ CJUE, gde ch., 9 juin 2022, *EP c. Préfet du Gers*, C-673/20.

⁹⁴ *Ibid*, point 31. La jurisprudence a été récemment confirmée dans le cadre d'un recours en annulation, v. CJUE 15 juin 2023, *Joshua David Silver e. a. c/ Conseil*, C-499/21 P, point 44.

⁹⁵ CJCE 20 sept. 2001, *Grzelczyk*, préc., point 31.

⁹⁶ CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc., point 49.

⁹⁷ CJUE, gde ch., 5 septembre 2023, *X*, préc., point 38. Même si les deux formules cohabitent au sein de l'arrêt, la « vocation » étant encore mentionnée au point 29.

⁹⁸ CJCE 7 juill. 1992, *Micheletti*, préc., point 10.

⁹⁹ L'article 8 du traité de Maastricht indique bien qu'« [i] est *institué* une citoyenneté de l'Union » (italiques ajoutées). La formule est constante depuis.

¹⁰⁰ J. Heymann, « De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottmann) », *Europe*, 2010, n° 6, étude 7.

¹⁰¹ Pour une défense récente d'une approche constitutionnelle et d'un référentiel fédéral pour comprendre la citoyenneté, v. É. Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, 2023, 2^e éd., p. 101.

¹⁰² *Calvin's Case* (1608), 77 ER 377.

naturalisation, qu'elle soit prononcée par le Parlement de Westminster (accès au plein statut de *citizen*) ou le Roi (accès au statut inférieur de *denizen*)¹⁰³. Progressivement, face à l'afflux migratoire de sujets étrangers, les colonies adoptent chacune leur propre forme de naturalisation (« *colonial naturalization* ») sans grande concertation sur les critères d'accès ou sur les effets territoriaux de celle-ci – la naturalisation prononcée par la colonie du Massachusetts ne vaut pas forcément pour la colonie de Caroline – et cette accaparement du pouvoir de naturaliser ne va pas sans résistance de la part du pouvoir anglais¹⁰⁴. La Révolution américaine achevée, les colons perdent leur qualité de sujet d'un même Roi et recréent une forme d'unité juridique et politique sous l'empire de la Constitution confédérale de 1777 : les ressortissants de chaque État fédéré, moyennant les exceptions déjà évoquées, ont droit aux privilèges et immunités des citoyens dans chacun des autres États fédérés. Pour autant, chaque État fédéré demeure maître des conditions d'accès à sa nationalité. En matière d'attribution, la règle est uniforme, c'est celle du droit du sol ; en revanche, dans la continuité de la période prérévolutionnaire, chaque État dispose de sa propre législation sur la naturalisation.

Madison critique durement cette situation juridique : « *[t]he dissimilarity in the rules of naturalization, has long been remarked as a fault in our system* »¹⁰⁵. De fait, les étrangers peuvent aller chercher leur naturalisation dans l'État disposant en la matière de la législation la plus favorable, puis venir s'installer ensuite dans n'importe quel autre État fédéré et être traité en citoyen de celui-ci, moyennant l'application de l'article 4 de la Constitution confédérale¹⁰⁶. Les critiques sont entendues et la nouvelle Constitution de 1787 prévoit la compétence exclusive du Congrès pour « *establish an uniform Rule of Naturalization* » (art. I, section 8, 4.), c'est chose faite dès 1790¹⁰⁷. En revanche, les règles d'attribution à la naissance de la nationalité restent entre les mains des États fédérés, ce que confirme la Cour suprême dans son tristement célèbre arrêt *Dred Scott*¹⁰⁸, laissant les États esclavagistes libres d'exclure les Afro-Américains de la citoyenneté. Il faudra attendre la guerre de Sécession pour que le 14^{ème} amendement scelle l'appropriation par les institutions fédérales du droit de fixer les règles d'attribution de la nationalité autour de la généralisation d'un droit du sol absolu et égal pour toutes les personnes nées sur le sol américain. Ce sont donc autant les nécessités de la construction fédérale (éviter le *forum shopping* dans un espace unifié) que les exigences de l'égalité raciale qui ont présidé à la fédéralisation intégrale du droit de la nationalité aux États-Unis.

Une dynamique similaire se constate en Allemagne et en Suisse. Dès les débuts de l'Empire allemand (1867-1871), les différentes Constitutions¹⁰⁹ ont habilité le Parlement à fixer les principes régissant l'acquisition de la nationalité dans les États. C'est le cas avec l'adoption de

¹⁰³ Plus tard, en 1740, le Parlement de Westminster délèguera son droit aux colonies pour faciliter la naturalisation des étrangers sous une condition de résidence de sept années, v. J. H. Kettner, *The Development of American citizenship (1608-1870)*, University of North Carolina Press, 1978, p. 65 s.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 103-110. V. également D. S. Bogen, « The Privilege and Immunities Clause of Article IV », *Case Western Reserve Law Review*, 1987, vol. 37, n° 4, p. 815.

¹⁰⁵ J. Madison, « XLII. General view of the powers proposed to be vested in the union – The same view continued », in J. Madison, A. Hamilton et J. Jay, *The Federalist* (1788), Philadelphie, Benjamin Warner, 1818, p. 231.

¹⁰⁶ V. les critiques de J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company, Cambridge, Brown, Shattick and Company, 1833, 1^{ère} éd., pp. 673-675.

¹⁰⁷ Act to establish an uniform Rule of Naturalization, 26 mars 1790, in Richard Peters (dir.), *United States Statutes at Large*, I, Boston, Charles C. Little et James Brown, 1845, pp. 103-104 et la note sur les révisions successives.

¹⁰⁸ United States Supreme Court, *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), ici 579 et 582 : « *Among the powers unquestionably possessed by the several States, was that of determining what persons should and what persons should not be citizens* » et « *The Constitution has left to the States the determination what persons, born within their respective limits, shall acquire by birth citizenship of the United States* ».

¹⁰⁹ *Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, S. 1, art. 4(1) ; *Gesetz betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches*, Reichsgesetzblatt 1871, S. 63 : art. 4(1).

la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité fédérale et nationale (1er juin 1870)¹¹⁰, qui précise l'ensemble des critères d'acquisition de la nationalité allemande. De même, au sein de la Confédération suisse, la Constitution de 1874 (art. 44) établit pour la première fois que « [l]a législation fédérale déterminera les conditions auxquelles les étrangers peuvent être naturalisés »¹¹¹, à la suite de divers scandales impliquant des cantons qui « vendaient » leur nationalité à l'étranger à des individus souhaitant éviter le service militaire¹¹². Pour la première fois, la loi fédérale sur la naturalisation suisse et la renonciation à la nationalité suisse du 3 juillet 1876¹¹³ exige que toutes les naturalisations cantonales soient autorisées par le Conseil fédéral, qui ne peut délivrer une autorisation que si la personne a vécu en Suisse pendant deux ans et si la naturalisation n'est pas « préjudiciable » à la Confédération. Il y a donc une certaine tendance au sein des constructions fédérales, un mouvement historique et comparatif, qui conduit les institutions centrales à s'emparer de la question de la nationalité.

L'existence d'un statut commun au sein d'une association d'États, lorsqu'il est le vecteur de la liberté de circulation (construction économique) et de la participation politique (construction constitutionnelle)¹¹⁴, place nécessairement les institutions centrales, à court, moyen ou long terme, dans l'objectif d'exercer tout ou partie de la législation précédemment détenue par les États membres de l'association en matière de nationalité. L'adoption progressive par les institutions européennes de politiques juridiques à l'égard des États membres, inscrites dans des logiques de conformité et de répression (voy. *supra*), s'inscrit dans ce mouvement fondé sur la simple existence d'une citoyenneté commune. Il n'en demeure pas moins qu'il existait dans toutes ces autres constructions fédérales une habilitation constitutionnelle claire donnant au Parlement fédéral une compétence pour adopter des normes régissant l'octroi et la perte de la nationalité. La question est plus ambivalente au sein de l'Union européenne où aucune base de compétence ne semble exister, en l'état des traités, pour habilitier les institutions européennes à exercer une action législative.

B. Les obstacles à une action préventive de l'Union

Quelles sont les compétences que l'Union pourrait actionner pour, éventuellement, agir dans le domaine de la nationalité des États membres ? Le raisonnement est nécessairement prospectif puisque, à ce stade, ni la Commission, ni le Conseil, n'ont articulé de proposition ou d'agenda en la matière. Seul le Parlement européen, dans une résolution et un rapport qu'il a commandé, a proposé des bases de compétence pour supprimer les programmes de vente de la nationalité¹¹⁵. Dans le seul domaine de la régulation directe de la nationalité, deux bases de compétence sont évoquées : l'article 21, § 2 TFUE (1) et l'article 79, § 2 TFUE (2). Toutefois, ni l'une, ni l'autre,

¹¹⁰ Gesetz über den Erwerb und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit 1870, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, S. 355.

¹¹¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, RO 1 1.

¹¹² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale du 17 juin 1870, FF 1870 II. 789

¹¹³ Loi fédérale sur la naturalisation suisse et la renonciation à la nationalité suisse du 3 juillet 1876, FF 1876 III 465.

¹¹⁴ Conformément aux objectifs d'une Fédération, voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2009, pp. 261 et s.

¹¹⁵ V. Parlement européen, « Résolution assortie de propositions à la Commission sur les programmes de citoyenneté et de résidence contre investissement », 9 mars 2022, 2021/2026(INL) ; M. Fernandes, C. Navarra, D. de Groot et M. García Muñoz, « Avenues for EU action on citizenship and residence by investment schemes », European Parliamentary Research Service, 2021, PE 694.217, 52 p.

ne permettent d'actionner une réelle politique commune en matière d'accès et de perte de la citoyenneté de l'Union.

1. L'article 21, § 2 : une base incomplète

La base de compétence de l'article 21, § 2 indique, à la suite du § 1 qui garantit le droit de circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres, que « [s]i une action de l'Union apparaît nécessaire pour atteindre cet objectif, et sauf si les traités ont prévu des pouvoirs d'action à cet effet, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent arrêter des dispositions visant à faciliter l'exercice des droits visés au paragraphe 1 ». L'Union peut donc intervenir, via la procédure législative ordinaire¹¹⁶, pour faciliter l'exercice des droits de libre circulation et de séjour. Sur cette base de nombreux textes ont été adoptés. La directive 2004/38 CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres est en partie adoptée sur ce fondement. Plus récemment, sur cette seule base, plusieurs textes relatifs aux certificats covid-19 facilitant la libre circulation durant la pandémie ont été adoptés par le Parlement européen et le Conseil¹¹⁷, mais aussi des textes relatifs au renforcement de la sécurité des cartes d'identité¹¹⁸, à l'établissement d'un portail numérique d'information pour les citoyens en mobilité¹¹⁹, à la simplification administrative¹²⁰, etc.

Toutefois, il est délicat d'attacher les conditions d'acquisition et de perte de la citoyenneté de l'Union au régime de libre circulation que ce statut implique. Les droits de libre circulation conférés par la citoyenneté de l'Union, et le statut qui en est le support, paraissent de prime abord être deux éléments distincts. Mais la jurisprudence de la Cour de justice éclaire pour partie la faisabilité d'une telle interprétation. La grande chambre, dans son arrêt *Lounes*, dégage le principe selon lequel « les droits conférés à un citoyen de l'Union par l'article 21, paragraphe 1, TFUE, y compris les droits dérivés dont jouissent les membres de sa famille, tendent, notamment, à favoriser l'intégration progressive du citoyen de l'Union concerné dans la société de l'État membre d'accueil » et que, en ce sens, la naturalisation au sein d'un État membre d'accueil d'un citoyen de l'Union s'inscrit dans la recherche d'« une insertion plus poussée dans la société [d'accueil] », dans une « logique d'intégration progressive »¹²¹. La naturalisation est donc bien inscrite dans une logique d'intégration non seulement permise mais

¹¹⁶ Cette base de compétence existe en substance depuis Maastricht, soumise à l'époque à l'unanimité du Conseil et à l'avis conforme du Parlement. Elle bascule à la majorité qualifiée à partir du traité de Nice.

¹¹⁷ Voy., en dernier lieu, le règlement (UE) 2022/1034 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant le règlement (UE) 2021/953 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19.

¹¹⁸ Règlement (UE) 2019/1157 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif au renforcement de la sécurité des cartes d'identité des citoyens de l'Union et des documents de séjour délivrés aux citoyens de l'Union et aux membres de leur famille exerçant leur droit à la libre circulation.

¹¹⁹ Règlement (UE) 2018/1724 du Parlement européen et du Conseil du 2 octobre 2018 établissant un portail numérique unique pour donner accès à des informations, à des procédures et à des services d'assistance et de résolution de problèmes, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

¹²⁰ Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012.

¹²¹ CJUE, gde ch., 14 nov. 2017, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, C-165/16, points 57-58, AJDA 2017. 2220 ; ibid. 2018. 329, chron. P. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; D. 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; Rev. crit. DIP 2018. 241, note E. Pataut ; RTD eur. 2018. 587, étude J. Heymann ; ibid. 673, obs. E. Pataut. L'ensemble est confirmé dans CJUE, gde ch., 18 janv. 2022, *JY*, préc, point 42.

encouragée par la citoyenneté de l'Union et les droits de libre circulation. Toutefois, l'arrêt *Lounes* concerne la naturalisation d'une femme déjà ressortissante d'un État membre. Au titre de cette jurisprudence, c'est donc bien la citoyenneté de l'Union qui est d'abord et avant tout un statut d'intégration dans la société d'accueil, dont la naturalisation ne forme qu'un accessoire contingent.

Dans quelle mesure alors l'article 21, § 2 peut-il interagir avec les questions d'acquisition et de perte de la nationalité ? Si des droits d'intégration en lien avec la nationalité peuvent être prévus par cet article, il est mieux concevable qu'ils s'appliquent à des situations de perte de la citoyenneté, puisqu'alors ce sont bien des citoyens dont on vient garantir les droits. Toutefois, il n'existe aucune mesure à l'agenda européen cherchant à protéger de la perte de la nationalité – c'est même plutôt l'inverse lorsqu'on examine la récente recommandation de la Commission en matière de retrait de nationalité (voy. *supra*). En tout état de cause il ne paraît pas impossible de considérer que les dispositions de l'article 21, § 2 TFUE puisse permettre d'édicter par voie législative des mesures protégeant contre la perte des droits de citoyen de l'Union, via la perte de la nationalité, puisqu'indiscutablement de telles protections viendraient « faciliter » la libre circulation et l'intégration du citoyen. Quant à considérer que l'article 21, § 2 peut conduire à reconnaître des droits pour des ressortissants de pays tiers, l'interprétation semble trop constructive au regard de l'exigence de possession du statut de citoyen comme préalable à l'exercice de droits. Autrement dit, les droits sont conditionnés par le statut de citoyen de l'Union et la possession de ce dernier forme ainsi le préalable à la possession des droits qui y sont attachés. Il semble ainsi difficile, pour ne pas dire impossible, de rattacher à la base de compétence de cet article des droits conférés à des ressortissants de pays tiers.

En matière de perte de la nationalité, l'article 21, § 2 TFUE pourrait éventuellement donner corps à un ensemble législatif réglementant la perte de la nationalité dans une logique de protection – puisqu'il s'agit bien d'ouvrir des droits sous forme de garantie au profit des citoyens de l'Union. Mais la Cour de justice a déjà dégage la soumission des mesures de perte à la conformité à la Charte, et plus généralement au principe de proportionnalité. Peut-être alors pourrait-il être intéressant d'uniformiser quelques solutions, notamment l'impossibilité d'une perte par désuétude au sein de l'Union (hypothèse des arrêts *Tjebbes* et *X*, voy. *supra*) ou les mesures transnationales de perte puis d'acquisition de la nationalité (hypothèse de l'arrêt *JY*, voy. *supra*) Mais hors de ces hypothèses, au demeurant plutôt bien traitées par la jurisprudence, on voit mal dans une Europe où la déchéance de nationalité va croissante¹²² une volonté des États membres de se lier les mains pour garantir des droits au profit de leurs ressortissants. Sans compter sur l'absence de compétence explicite et directe en faveur des institutions en matière de nationalité : utiliser les droits de libre circulation du citoyen de l'Union pour agir en droit de la perte de la nationalité pourrait être considéré comme une action *ultra vires*¹²³.

2. L'article 79, § 2 : une base paralysée

L'article 79, § 2 du TFUE présente dans cette droite ligne une solution mieux orientée, de prime abord, vers le problème de l'exercice d'une compétence régissant l'accès à la citoyenneté de l'Union et des « droits » conférés aux ressortissants de pays tiers. L'article 79, § 1 porte sur la « politique commune de l'immigration visant à assurer, à tous les stades, une gestion efficace

¹²² V. J. Lepoutre, « Citizenship loss and deprivation in the European Union (27 + 1) », *EUI RSCAS Working Paper*, 2020, n° 29, 27 p.

¹²³ En ce sens, la Cour constitutionnelle allemande considère que la « nationalité » fait partie « des domaines essentiels d'action démocratique » qui ne peuvent être exercés par les institutions européennes dans le cadre actuel d'une « union conventionnelle d'États souverains ». V. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. juin 2009, 2 BvE 2/08, point 249.

des flux migratoires, un traitement équitable des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans les États membres, ainsi qu'une prévention de l'immigration illégale et de la traite des êtres humains et une lutte renforcée contre celles-ci ». L'article 79, § 2, b) prévoit ensuite, à cette fin, que « le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures dans les domaines suivants : [...] la définition des droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier dans un État membre, y compris les conditions régissant la liberté de circulation et de séjour dans les autres États membres ». Sur cette base de compétence pourrait-on considérer, de manière inédite¹²⁴, que les institutions peuvent définir les conditions d'accès à la citoyenneté de l'Union, lorsqu'elles entrent dans les « droits des ressortissants des pays tiers en séjour régulier » ?

Les conclusions du Conseil de Tampere de 1999, dans la droite ligne de la création de l'espace de liberté, sécurité et justice par le traité d'Amsterdam (dont les dispositions de l'article 79 TFUE sont issues, ex-article 63 TCE), précisaient qu'« [l]e statut juridique des ressortissants de pays tiers devrait être rapproché de celui des ressortissants des États membres. Une personne résidant légalement dans un État membre pendant une période à déterminer et titulaire d'un permis de séjour de longue durée devrait se voir octroyer dans cet État membre un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne. [...] *Le Conseil européen fait sien l'objectif d'offrir aux ressortissants de pays tiers résidant légalement depuis longtemps dans l'Union la possibilité d'obtenir la nationalité de l'État membre dans lequel ils résident* »¹²⁵. Cet objectif est partiellement repris dans le douzième considérant de la Directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée qui indique qu'« [a]fin de constituer un véritable instrument d'intégration dans la société dans laquelle le résident de longue durée s'est établi, le résident de longue durée devrait jouir de l'égalité de traitement avec les citoyens de l'État membre ». Rien ne s'oppose donc à interpréter la base de compétence prévue à l'article 79, § 2, b) du TFUE comme portant, potentiellement, sur l'acquisition de la nationalité¹²⁶.

Mais l'article 79, § 4 TFUE prévoit toutefois une réserve claire à l'exercice par l'Union d'une compétence : « [l]e Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des mesures pour encourager et appuyer l'action des États membres en vue de favoriser l'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier sur leur territoire, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». Cette formule, issue du traité de Lisbonne, manifeste clairement que « [l]es États membres sont restés réticents à l'idée de céder toute compétence ou pouvoir dans ce domaine qui touche de près à leur identité nationale et à leur

¹²⁴ Les actes adoptés en vertu de cette base de compétence sont connus, v., notamment : Règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité ; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ; Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée ; Directive (UE) 2016/801 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair (refonte) ; Directive (UE) 2021/1883 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2021 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, et abrogeant la directive 2009/50/CE du Conseil.

¹²⁵ Conseil européen de Tampere, « Conclusions de la présidence », 15 et 16 octobre 1999, point 21 (italiques ajoutées).

¹²⁶ L'effort interprétatif demeure important et, partant, surtout théorique. Pour un commentaire critique, v. D. Thym, *European Migration Law*, Oxford University Press, 2023, p. 499 : « *Nothing in the wording of Article 79(2) TFEU indicates that nationality laws may be harmonised, and informal coordination remains elusive as well* ».

souveraineté »¹²⁷. De droit, les mesures d'intégration restent inscrites dans une méthode ouverte de coordination qui se nourrit d'une *soft law*, non contraignante par nature. Il ne fait guère de doute, en vertu de l'arrêt *Lounes* précité, mais aussi de la claire inscription de l'accès à la nationalité dans le processus d'intégration des étrangers, que l'acquisition de la nationalité est expressément réservée aux États membres en vertu de cette réserve de l'article 79, § 4 TFUE¹²⁸.

Et de fait, l'action de la Commission européenne, résolument inscrite dans des instruments non contraignants, et sans aucun calendrier législatif (malgré les invitations du Parlement européen en ce sens), est parfaitement alignée sur l'idée d'une coopération horizontale excluant, pour le moment, une action proprement supranationale¹²⁹. Si la seule action possible en vertu de l'article 79, § 4 TFUE tend à « encourager et appuyer l'action des États membres », on voit mal comment celle-ci pourrait s'articuler avec une démarche réellement prohibitive. Encourager et appuyer les États membres, y compris en matière d'ouverture de nouveaux droits au profit des ressortissants de pays tiers au sens de l'article 79, § 2, b), peut difficilement prendre la forme de propositions interdisant le recours à tel ou tel mécanisme – par exemple en matière de vente de la nationalité. Et de fait, la recommandation que la Commission a récemment adressé aux États membres dans le cadre de la guerre ukrainienne se fonde de manière on ne peut plus large sur le TFUE et, dans le détail, sur son article 20, sans plus de détail¹³⁰. L'usage du véhicule normatif de la recommandation de l'article 292 TFUE – « un pouvoir d'incitation et de persuasion, distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire »¹³¹ – montre bien que la Commission a matériellement respecté la réserve de l'article 79, § 4 TFUE en s'en tenant à des encouragements.

En l'absence de base de compétence suffisamment explicite, toute réforme devra-t-elle nécessairement passer par une révision des traités ? La réponse est aussi facile que convenue. En l'état du droit, difficile juridiquement et politiquement de trouver un espace pour une action législative de l'Union européenne. En ce sens, la Commission, par la voix du Commissaire à la Justice Didier Reynders, exprimait récemment au Parlement que la voie judiciaire était la « *best way* »¹³² pour agir contre les programmes de vente de la nationalité. Sans aucun doute, la jurisprudence parvient, pour le moment, à trouver des points d'équilibre entre l'ambition supranationale et constitutionnelle de la citoyenneté de l'Union et les limites formées par les traités eux-mêmes. Les États membres semblent admettre que le juge de l'Union, parmi d'autres¹³³, examine la conformité de leurs mesures et de leurs législations sous l'angle des

¹²⁷ S. Ganty, *L'intégration des citoyens européens et des ressortissants de pays tiers en droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2021, p. 636.

¹²⁸ De manière très surprenante, cette réserve n'est évoquée ni par le Parlement européen, « Résolution assortie de propositions à la Commission sur les programmes de citoyenneté et de résidence contre investissement », préc., ni par M. Fernandes, C. Navarra, D. de Groot et M. García Muñoz, « Avenues for EU action on citizenship and residence by investment schemes », *op. cit.*

¹²⁹ La Commission européenne a réactivé le groupe d'experts des États membres sur les régimes de citoyenneté et de résidence des investisseurs qui s'est réuni pour la dernière fois le 10 juillet 2023. La question de la conformité de la citoyenneté par investissement aux normes européennes n'a pas été discutée, pas davantage qu'à la précédente session du 23 juin 2022. Voy. Commission européenne, Group of Member State Experts on Investor Schemes, Procès-verbal de la réunion, 10 juillet 2023, Ares(2023)5832579 ; 23 juin 2022, Ares(2022)7878747.

¹³⁰ Commission européenne, « Recommendation on immediate steps in the context of the Russian invasion of Ukraine in relation to investor citizenship schemes and investor residence schemes », préc., p. 2 : « *Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 292 thereof* » – on ne saurait faire plus général.

¹³¹ CJUE, gde ch., 20 févr. 2018, *Royaume de Belgique c/ Commission européenne*, C-16/16 P, point 26.

¹³² Parlement européen, *Débats*, 7 mars 2022, CRE 13.

¹³³ Outre les contrôles juridictionnels internes, la Cour européenne des droits de l'homme affirme sans difficulté sa compétence en la matière. V., parmi une vaste littérature, F. Marchadier, « L'eupéanisation du droit à la nationalité », in S. Doumbé-Billé, *La régionalisation du droit international*, Bruylant, 2012, pp. 362-379.

droits fondamentaux et, pour partie, du droit international. C'est donc par réalisme que les États membres acceptent – et les institutions exercent – cette voie judiciaire dans une logique de conformité aux traités et aux principes internationaux. Mais ce contrôle provoque un peu plus qu'un recul du pouvoir discrétionnaire des États membres pour déterminer qui sont leurs nationaux.

La citoyenneté de l'Union porte indéniablement en elle une dimension romantique qui l'arrime à l'idée d'un peuple européen, et donc à l'action non seulement *négative* des institutions européennes, mais aussi *positive* dans la définition de règles communes. Et de fait, si les traités ne laissent pas entrevoir une base de compétence solide pour engager une telle action de rapprochement ou d'harmonisation, la systématisation des solutions jurisprudentielles forme d'ores et déjà un « droit de l'Union européenne en matière de nationalité »¹³⁴, dessinant en creux un ensemble de règles procédurales et matérielles applicables aux mesures de perte et d'acquisition de la nationalité. Cette distinction entre recul du pouvoir discrétionnaire et préservation d'une compétence exclusive (ou retenue) ne doit donc pas être surestimée. La limitation du pouvoir effeuille progressivement une compétence jusqu'à la rendre purement nominale¹³⁵. La situation n'en est certainement pas là. Mais, par réalisme, les États membres pourraient décider d'un mouvement qui leur ferait regagner à l'échelle européenne ce qu'ils perdent progressivement en droit interne. Alors l'Union entrerait résolument dans la période romantique à laquelle aspire sa citoyenneté.

¹³⁴ S. Corneloup, « Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité », *op. cit.*, doct. 7.

¹³⁵ V. J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 57-58.